

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE L'IMPRÉVISION

DANS LES

CONTRATS ADMINISTRATIFS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 24 Janvier 1918, à 3 heures

PAR

Pierre SAINT MARC

Président : M. H. BERTHÉLÉMY, professeur

Suffragants : { *MM. G. JÈZE, professeur*
J. BARTHÉLÉMY, professeur



PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, VI^e

1918



THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE L'IMPRÉVISION

DANS LES

CONTRATS ADMINISTRATIFS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 24 Janvier 1918, à 3 heures

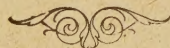
PAR

Pierre SAINT MARC



Président : M. H. BERTHÉLÉMY, professeur

*Suffragants : { MM. G. JÈZE, professeur
J. BARTHÉLÉMY, professeur*



PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, VI^e

1918

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MONSIEUR CHARLES CHAUMET

Député, ancien Ministre de la Marine

Hommage de respectueuse reconnaissance.

P. SAINT MARC

DE L'IMPRÉVISION
DANS
LES CONTRATS ADMINISTRATIFS

INTRODUCTION

Imprévision n'est pas synonyme d'imprévoyance. *La prévoyance est la prévision appliquée* : tel événement étant prévu, c'est chercher à en renforcer ou à en atténuer les effets favorables ou néfastes. Malgré la puissance de l'intérêt personnel et familial, l'individu est naturellement imprévoyant, — plus souvent cigale que fourmi... De là, le devoir pour les hommes d'Etat d'encourager, d'imposer, au besoin, les manifestations actives, pratiques, de la prévoyance : la législation ouvrière est inspirée, en grande partie, par cette idée ; en particulier, les lois de retraites pour la vieillesse.

L'homme, si intelligent soit-il, si développées, si affinées que soient ses facultés, se meut dans un cercle nécessairement étroit : son aperçu de l'univers est limité ; limité aussi, son aperçu de la vie sociale. La connaissance de l'infiniment grand, de l'infiniment petit lui échappe, et aussi celle de l'infiniment moyen. Il est, par instinct, attaché au passé et au présent familiers ; l'avenir ignoré, mystérieux, l'effraie. Les chefs d'Etat, investis de la redoutable mission de

diriger les destinées des nations, jouissant de moyens d'information, d'observation, de comparaison inaccessibles au simple citoyen, devraient, semble-t-il, être plus capables de prévoir — prévision — pour prévoir — prévoyance. Il n'en est rien. Eux aussi se sont souvent trompés, se trompent chaque jour, lourdement. Un seul exemple ? la durée de la guerre actuelle est un des phénomènes les plus surprenants parmi les événements extraordinaires de l'histoire. Or tous, économistes, financiers, parlementaires, officiers, étaient convaincus que, par le déploiement des forces destructrices inventées par la science, par l'arrêt général de toute production causé par la mobilisation de millions de soldats, toutes les ressources humaines et matérielles des nations étant jetées les unes contre les autres, les luttes futures de l'humanité civilisée seraient enfermées en une période de quelques semaines, de quelques mois au plus.

Et le plus étonnant est encore que le vieux monde, aussi épouvantablement secoué par la tourmente depuis le 4 août 1914, ait résisté comme il a résisté. Par là il a attesté sa vitalité, attesté les germes puissants de reconstruction et d'énergie créatrice qu'il récelait, en dépit des apparences de décadence et de dissolution. Non, la Journée humaine, si tragiquement endeuillée, n'est pas terminée, et les étapes de civilisation se succéderont à l'infini.

Mais il reste certain que des problèmes nouveaux ont surgi, que des problèmes déjà étudiés se sont présentés sous des aspects tout à fait insoupçonnés, et que ni les uns ni les autres ne sont résolubles par l'application pure et simple des règles strictes du temps de paix. Les institutions juridiques d'avant

guerre craquent dans leur armature rigide, et débordent. Le principe directeur pour trancher les difficultés nées des événements est : à situation nouvelle solution nouvelle. Ce qui ne veut pas dire solution hâtive, incohérente, mais imprégnée raisonnablement, à la fois, des étapes déjà accomplies et des nécessités impérieuses posées par les circonstances ; en un mot équitable. *Équité et progrès*. A ce grand mouvement vers une évolution meilleure, s'ajoute, en droit administratif, la notion infiniment originale et souple, de *service public*. C'est par la méconnaissance de la notion essentielle de service public, qui a remplacé la conception impérialiste du droit public, que se comprennent les explications purement civilistes données à certaines décisions récentes de la juridiction administrative.

Le droit administratif est lié d'une façon intime à la vie sociale et politique d'un pays. Les contrats administratifs constituent une des manifestations les plus importantes de l'activité administrative. Aussi ne saurait-on entourer leur passation d'assez de garanties minutieuses et précises, réglant toutes les modalités prévisibles de leur exécution. Mais ces contrats, conclus dans une période normale, convient-il d'en exiger l'exécution rigoureuse en temps de guerre, ou plutôt dans une guerre qui n'est comparable à aucune autre ; qui, par son étendue dans l'espace, par sa durée et par son intensité, a déjoué toutes les prévisions humainement possibles ? Est-ce équitable ? Est-ce juridique ? Tel est le problème.

Comment s'est-il posé, comment a-t-il été résolu, comment apprécier la solution intervenue ? C'est à ces questions que l'on va essayer de répondre.

PREMIÈRE PARTIE

L'IMPRÉVISION AVANT LA GUERRE

Pour bien comprendre comment le problème s'est posé et a été résolu, il est nécessaire d'abord de définir ce qu'on entend par contrats administratifs, et de rechercher les précédents.

On désigne, sous la dénomination générale de contrats administratifs, les marchés de fournitures, les marchés ou entreprises de travaux publics, les concessions de travaux publics.

Définitions. — *Les marchés de fournitures sont des traités passés par l'Etat, départements, communes, établissements publics, dans le but de pourvoir aux consommations nécessaires à tous les services publics.* Ils se distinguent des marchés de travaux publics en ce que ceux-ci ont pour but, non des prestations mobilières, mais des travaux à exécuter sur le domaine public immobilier de l'Etat, des départements et des communes. Les marchés de fournitures les plus importants (1) sont ceux qui concernent l'Etat, en particulier les administrations de la Guerre et de la Marine.

L'entreprise (2) ou marché de travaux publics est le

1. ARSÈNE PÉRIER, *Marchés de fournitures*, 1876.

2. HAURIOU, *Droit administratif*, 1914, p. 800.

contrat par lequel un entrepreneur s'engage envers une administration publique (1), à exécuter sous la surveillance de celle-ci, mais à ses risques et périls, un ouvrage convenu, moyennant un prix en argent qui doit lui être payé d'après des bases déterminées ; mais il ne se charge pas de l'exploitation. Ce qui le différencie du concessionnaire.

Le concessionnaire est un entrepreneur, particulier ou société, qui s'engage par contrat, à effectuer ou à entretenir un travail public, moyennant le droit de percevoir une redevance sur ceux qui useront de ce travail (2). Cette définition sera complétée ultérieurement. La plupart des grands travaux publics français ont été exécutés par des concessionnaires : presque tous les chemins de fer, canaux, tramways ; souvent des abattoirs, des ponts, des ports, et, dans les villes les canalisations pour l'eau ou le gaz.

Quant aux contrats mixtes, dans lesquels il est question à la fois de travaux publics et d'autres services à rendre, tels que fournitures et transports, le caractère de travaux publics, d'après une jurisprudence constante, est considéré comme dominant le tout. Ainsi, l'on attribue le caractère de marchés de travaux publics aux concessions de la fourniture du gaz d'éclairage, parce qu'elles comprennent les concessions d'aménagement ou d'entretien des canalisations.

1. Il n'est pas sans intérêt de rappeler ici qu'on reconnaît la qualité de travaux publics aux travaux de construction, d'aménagement et d'entretien accomplis par une personne morale administrative en vue d'un service public. Définition qui n'est donnée par aucun texte précis, et se dégage seulement de la tradition et des lois (BERTHÉLÉMY, *Droit administratif*, 8^e éd., 1916, p. 565).

2. BERTHÉLÉMY, p. 615.

En raison de l'importance de ces travaux, il est normal, légitime, indispensable même, que leur passation et leur accomplissement soient déterminés par des règles et conditions particulières, minutieuses et précises, s'efforçant de prévoir toutes les éventualités et modalités possibles.

Ces règles, ces conditions, quelles sont-elles en ce qui concerne les marchés de fournitures et de travaux publics ? — celles relatives aux concessions seront étudiées à part, en raison de la nature juridique très spéciale du contrat de concession.

CHAPITRE PREMIER

MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS ET DE FOURNITURES

§ 1. — Caractères. — Le marché de travaux publics se forme exceptionnellement de gré à gré, ordinairement par voie d'adjudication publique (publicité et concurrence) (1). Il comporte des formalités nombreuses et compliquées, surtout pour la procédure d'adjudication : publication d'un avis, vérification des pièces présentées par les candidats, ouverture et comparaison des soumissions, approbation par l'autorité compétente (2)... Mais ce qui est intéressant à constater ici, c'est le caractère du marché lui-même : il n'est pas, à proprement parler, débattu entre l'administration et le fonctionnaire : son objet est détaillé dans un ensemble de pièces, appelé le *cahier des charges*, dressé par l'administration seule. L'entrepreneur prend connaissance du cahier des charges avant la signature de la convention, mais il l'étudie sans explications, si bien que « la situation, quoique contractuelle en la forme, est à moitié réglementaire au fond » (3).

Avec le cahier des charges, les deux autres pièces

1. V. D., 14 nov. 1837 ; D., 18 nov. 1882 ; D., 4 juin 1888 ; loi 5 avril 1884, article 89.

2. BERTHÉLÉMY, p. 625 pour les détails.

3. HAURIU, p. 802.

essentielles sont : le bordereau des prix et le cahier des clauses et conditions générales.

Le *bordereau des prix* varie suivant qu'il y a marché à forfait — prix fixé pour l'ensemble du travail ; marché à l'unité de mesure — tant le mètre cube de muraille ; marché sur séries ou sur rabais — indéterminé quant à la somme à dépenser, ce qui donne lieu souvent à des dépassements de crédits (1).

Le cahier des clauses et conditions générales est un arrêt ministériel contenant les conditions communes à tous les marchés conclus par une administration de l'Etat. L'Etat a plusieurs cahiers pour ses différents services. Le plus célèbre est celui des ponts et chaussées, dont l'origine remonte jusqu'à une ordonnance royale du 7 février 1658, et dont la dernière rédaction est du 29 décembre 1910 (2). Il ne s'applique pas de plein droit aux travaux des autres administrations, départements, communes, etc., mais, d'ordinaire, les cahiers des charges de chaque entreprise s'y réfèrent formellement et cette généralisation accroît son importance. Aussi faut-il bien comprendre sa valeur : ce n'est pas un règlement imposé à tout le monde, mais seulement un ordre prescrivant aux agents de l'administration les stipulations qui devront être insérées dans les contrats de travaux publics. Nul n'est obligé de traiter avec l'administration ; *le fait de traiter implique l'acceptation de ces stipulations.* Les unes sont des applications du droit commun et peuvent se rencontrer

1. BERTHÉLÉMY, p. 622.

2. Cahier de la Marine : récentes rédactions, 10 mai 1901, 18 juin 1910.

dans les marchés conclus entre particuliers (art. 1787 et suiv. du Code civil); les autres, exorbitantes, placent l'entrepreneur, vis-à-vis de l'administration, dans une véritable *sujétion* — mot bien significatif. Et la rédaction de 1910 semble, à certains égards, plus dure que celles du 16 février 1892 et du 16 novembre 1866 (1).

Le contrat ne s'exécute pas toujours tel qu'il a été signé. L'administration a le droit d'y apporter certaines modifications, sous réserve que celles-ci ne le dénaturent point : l'on ne pourrait exiger un pont métallique d'un entrepreneur qui s'est engagé à construire un pont de pierre (2). Mais les travaux peuvent être augmentés ou réduits d'un sixième, le prix subissant naturellement une augmentation ou réduction corrélative (3). Une modification supérieure à un sixième en plus ou en moins rendrait le marché résiliable au profit de l'entrepreneur; de même une augmentation de plus du sixième par rapport aux évaluations du projet, lorsqu'elle provient d'une hausse, en cours d'exécution, des prix des matériaux à fournir ou de la main-d'œuvre (4).

Par les explications qui précèdent, on constate — il faut insister sur ce point — que les modifications

1. V. BARRY, *le Nouveau cahier des clauses et conditions générales*, 1911.

2. BERTHÉLÉMY, p. 631.

3. V. *Clauses et conditions générales*, art. 30, 31, 32, 33.

4. Résiliation possible encore au profit de l'entrepreneur, en cas d'ajournement des travaux à plus d'un an. En ce qui concerne l'administration, l'article 1794 du Code civil est invocable par elle: « Le maître peut résilier, « par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà « commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de « tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entre-
« prise. »

pouvant troubler le plus communément l'exécution des marchés de travaux ou de fournitures, ont été prévues. On a fixé les limites qu'elles devraient excéder pour que le trouble donnât lieu à révision (1). En présence de semblables dispositions, il n'est guère douteux que l'entrepreneur ait également droit à la résiliation (ou à une indemnité) dans toute hypothèse où la charge de l'exécution se trouve, par suite d'événements imprévus, accrue dans des proportions dépassant celles indiquées dans les textes.

En effet, les marchés de travaux publics et de fournitures, *ne sont pas des contrats aléatoires, mais bien commutatifs*. L'article 1104 du Code civil fait la distinction entre le contrat commutatif « lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle », et le contrat aléatoire « lorsque l'équivalent consiste dans une chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain : Or, dans les contrats administratifs, l'équivalent pour chaque partie consiste dans des droits parfaitement établis, et non dans une chance de gain ou de perte, d'après un événement incertain (s'il y a un aléa seulement dans les produits à attendre de l'exercice de ces droits, — aléa qui ne touche que le concessionnaire —, il n'y a pas à vrai dire contrat aléatoire).

La nature de ces contrats est donc commutative, mais avec un caractère tout particulier : les marchés dont parle le Code Napoléon, sous la dénomination

1. Notamment, article 33 du Cahier des clauses et conditions générales.

de « devis et marchés », (1) ne mettent en jeu que des intérêts privés et sont soumis à toutes les règles du droit civil sur les obligations. Les marchés administratifs de fournitures ou de travaux publics, au contraire, *mettent en jeu des intérêts publics*, s'exécutent aux dépens des deniers publics, obéissent à des règles propres dont il a été parlé plus haut. Nombre d'articles du Code civil ne leur sont pas applicables. On ne voit pas un entrepreneur ou un fournisseur de l'Etat, usant de la procédure d'exécution pour se payer sur le Trésor public, ou invoquant l'article 1143 du Code civil pour demander la destruction de ce que l'administration aurait fait par contravention à ses engagements ; ou encore l'article 1144, pour solliciter l'autorisation d'exécuter lui-même aux frais de l'administration une obligation qui incombe à celle-ci.

Les « devis et marchés » du Code civil laissent à la charge (2) de l'entrepreneur ou du fournisseur tous les risques de l'opération, tandis que les marchés administratifs de travaux publics ou de fournitures, dont la matière est l'intérêt général, excluent par cela même les risques illimités ; ils sont faits pour être exécutés dans certaines conditions précises, que les parties ont eues en vue ; et dans ces conditions seulement. *Le prix promis à l'avance par l'administration n'est pas une prime d'assurance* contre l'éventualité de risques hypothétiques. Si, en cours d'exécution, surviennent des événements exceptionnels qui apportent à l'entrepreneur des charges que les con-

1. Dans la section III, livre VIII, titre VIII.

2. V. articles 1788, 1789, 1790, 1792, 1793, 1797.

tractants n'avaient ni prévues ni voulu rémunérer, elles devront faire l'objet d'une rémunération supplémentaire.

En d'autres termes : « La théorie civiliste du contrat est que toutes les éventualités possibles soient censées avoir été prévues (1). La théorie administrative du contrat est que les contractants ne sont censés avoir prévu que les éventualités habituelles, d'après le droit commun de la vie », et ainsi il y a une marge pour l'imprévision ». C'est la *théorie de l'imprévision*, qui vient compléter la théorie du contrat de prévisions non aléatoire. C'est une conception essentiellement jurisprudentielle, qui ne repose sur aucun texte de loi, arrêt ou règlement. Elle a été élaborée peu à peu par le Conseil d'Etat à l'occasion d'une série de cas particuliers, dans lesquels des solutions brutales, iniques, se fussent imposées, à ne considérer que les textes seuls. C'est donc une conception tout imprégnée de libéralisme. Elle tend parfois à *faire fléchir la rigidité des cahiers des charges, le plus souvent à suppléer à leur silence*, favorable à l'entrepreneur, qui peut travailler sans inquiétude, sans se laisser arrêter par les difficultés exceptionnelles auxquelles il pourrait se heurter ; favorable aussi à l'administration qui, d'une part, ne paie en général que des risques limités, et, d'autre part, est toujours certaine que l'exécution ne sera pas entravée, paralysée par la survenance de sujétions imprévues.

Une évolution aussi hardie ne s'est pas produite sans obstacle et sans controverse : « Trop souvent, écrit M. Dufour (2), les fournisseurs sont animés

1. M. HAURIU, note au *Sirey* (1916. 3. 17).

2. Cité par ARSÈNE PÉRIER, *Marchés de fournitures*, p. 51.

« de la pensée que c'est l'équité et non la rigueur du
« droit qui doit présider à l'interprétation des stipu-
« lations. Dès qu'une réclamation prend la forme
« d'une prétention juridique, il n'y peut être répondu
« que par une application stricte des clauses du mar-
« ché qui font la loi des parties. C'est donc la con-
« vention qui doit être appliquée, et ce n'est que
« dans le cas de doute sur sa signification et sa por-
« tée que le juge doit se reporter aux règles sur l'in-
« terprétation des contrats, formulées par le Code
« Napoléon aux articles 1156 et suivants ». L'on ira
même jusqu'à qualifier les solutions du Conseil d'Etat
de *charitables* (1), comme si l'équité était synonyme
de charité ; comme si, dans l'interprétation de con-
trats, qu'ils soient administratifs ou civils, ce n'était
pas ce qui est équitable qui se trouve être juridique !

Une étude approfondie des très nombreuses déci-
sions rendues par le Conseil d'Etat, en matière d'im-
prévision dans les fournitures et travaux publics,
dépasserait les cadres du présent travail. Il n'est
cependant pas sans intérêt de passer, brièvement, en
revue certaines des affaires particulièrement carac-
téristiques qui ont retenu son attention (2) :

§ 2. — Jurisprudence de l'imprévision dans
les marchés de fournitures et de travaux
publics. — On va voir tout de suite, que la question
n'est pas d'hier : si, un arrêt du 1^{er} mai 1816 (3)

1. V. Conclusions de M. l'avocat général Babinet dans arrêt de la Cour
de cass., 21 février 1873.

2. La question des effets de la force majeure sur les contrats administra-
tifs sera étudiée plus loin, à propos de la guerre.

3. LEBON, t. II, février 1816 à 1820, p. 48.

déclare : « il faut maintenir un marché de fournitures passé par le conseil d'administration des Invalides, et régulièrement consenti par le ministre de la Guerre, *lors même qu'il serait plus onéreux* si rien n'était établi qu'il y a eu vol ou fraude ». Par contre, on trouve un arrêt du 3 décembre 1817 qui dit nettement (1) : « Bien que dans une adjudication de transport, l'évaluation des quantités à transporter ait été faite par approximation seulement et sans garantie du plus ou moins, il est dû cependant une indemnité aux adjudicataires, si les quantités transportées sont en *disproportion évidente* avec le chiffre prévu. »

Une affaire Moreau, assez curieuse, du 1^{er} février 1829, montre bien la faculté pour l'administration de profiter des découvertes industrielles réalisées depuis la conclusion d'un marché, à charge d'en tenir compte au fournisseur lésé. Cet arrêt reconnaissait au ministre de la Guerre le droit, après avoir passé un marché avec un entrepreneur de chauffage militaire, de substituer des fourneaux économiques aux poêles et cheminées des casernes, et de réduire, par conséquent, la quantité de combustible à fournir. « Mais que cette mesure d'économie, n'ayant été l'objet d'aucune clause ou réserve dans le marché..., la réduction qui en est résultée dans la consommation de l'effectif n'avait pu entrer dans le calcul de l'entrepreneur comme élément du rabais fait par lui sur les prix du devis. Que dès lors, il y avait lieu de faire avec lui une convention supplémentaire ou de lui allouer une indemnité. »

1. *Idem.*, p. 299.

Dans cette espèce, comme dans beaucoup d'autres à propos desquelles le principe indemnitaire a été appliqué, il y avait un *fait de l'administration*. Ainsi encore : indemnité au fournisseur du pain pour l'alimentation d'un camp à raison du préjudice que lui avait causé la levée de celui-ci, avant l'expiration du contrat, sans avertissement préalable (1). Il est bien évident qu'un entrepreneur ne peut arguer de son marché pour empêcher la levée d'un camp si des raisons militaires d'ordre général l'imposent inopinément. Mais l'administration est en faute en n'avertissant pas, en temps utile, l'intéressé.

Jugé qu'on devait tenir compte, à des fournisseurs de bois en Algérie, du surcroît de dépenses résultant pour eux de l'augmentation des prix d'affrètement, par suite des dispositions de l'ordonnance du 7 décembre 1841 (2), d'après laquelle les transports, entre France et Algérie, doivent s'effectuer seulement par navires français.

Indemnité au fournisseur de vivres, pour l'augmentation de dépenses causée par des fournitures faites, dans des conditions exceptionnelles, à des troupes rassemblées extraordinairement, et lorsque ces circonstances n'avaient pas été prévues lors de la soumission du service (3).

Résiliation à la demande de l'entrepreneur, fondée sur ce que l'augmentation introduite dans le tarif de l'octroi, concernant les huiles de schistes (tarif porté de 8 centimes à 5 francs par litre !), était en dehors

1. 20 juin 1873, ESCALLE, Leb., p. 567.

2. 7 avril 1846, BAZILLE, Leb., p. 233 ; 21 janvier 1858, MAYER, Leb., p. 233.

3. 3 juillet 1864, JOSSERAND, Leb., p. 647.

des variations de tarif normales qui avaient pu entrer dans les prévisions des parties et devaient rester, sans répétition, à la charge du fournisseur ; ladite augmentation ayant eu pour but et effet de rendre impossible dans la colonie de la Guadeloupe l'usage de l'huile de schiste (1). Indemnité.

Dans l'affaire du *Journal officiel* (2) : Wittersheim contre ministre de l'Intérieur, la haute juridiction administrative statuant sur une demande de supplément de prix pour documents législatifs refuse toute indemnité jusqu'au 7 juin 1871, comme conséquence de l'aléa du marché. Indemnité au contraire pour l'époque postérieure, à raison des changements apportés aux prévisions de l'adjudicataire par l'institution de l'Assemblée nationale.

Dans le procès Olmer et Hesbert contre l'Etat (3), le montant des fournitures exigées des fournisseurs de papier avait dépassé le triple des quantités approximatives prévues dans les états annexés du cahier des charges, et « qui étaient entrées dans la commune intention des parties : » Considérant, dit le Conseil d'Etat, qu'une telle « disproportion, qu'on ne « peut expliquer que par la satisfaction donnée à « des besoins nouveaux, est en contradiction manifeste avec les indications approximatives qui ont « été l'un des éléments essentiels du marché ; « qu'ainsi, elle constitue une véritable imprévision, « dont les conséquences, dommageables pour les « requérants, sont de nature à ouvrir en leur faveur « un droit à indemnité... à raison de la livraison

1. 8 janvier 1875, ville de la Basse-Terre contre Colardeau.

2. 20 avril 1877, Leb., p. 343 et suiv.

3. 14 novembre 1902, Leb., p. 664.

« d'une quantité de fournitures excédant si notablement celle que le contrat, sainement interprété, mettait à leur charge. »

Affaire Gloanne (1) : entreprise du service des transports dans l'arsenal de Brest ; l'administration s'était réservée seulement la faculté d'exécuter elle-même les mouvements de matériel, qu'elle jugerait convenable, par ses propres ouvriers (c'est-à-dire par les marins de la flotte ou les ouvriers de l'arsenal). Or, elle embaucha à la journée des manœuvres pour ce travail. Par suite, l'entrepreneur qui, aux termes du contrat, devait tenir des journaliers à la disposition de l'administration, est fondé à prétendre que « son marché n'a pas reçu une exécution conforme à la commune intention des parties, et à réclamer l'allocation d'une indemnité », égale au préjudice par lui subi.

Un entrepreneur s'est engagé à fournir des matériaux pour travaux publics pendant la durée de son bail, moyennant un certain prix. Indemnité « malgré la stipulation insérée au cahier des charges que ce prix ne pourrait être augmenté, soit à raison de l'épuisement de carrières, soit à raison de la plus grande difficulté d'extraction ou de transport, si les carrières où l'entrepreneur s'approvisionnait se trouvent supprimées par le résultat de travaux que l'administration a fait elle-même exécuter dans le voisinage (2). » Enfin, affaire récente du 8 novembre 1911, Labeye contre l'Etat (3) : le concessionnaire du ravitaillement

1. 20 mai 1904, Leb., p. 430.

2. 8 février 1855, VIENNOIS, Leb., p. 132.

3. Leb., p. 987.

militaire en Annam et au Tonkin se plaint de la réduction des transports « dans des proportions dépassant toutes les prévisions des parties » (plus de la moitié). Résiliation au profit de Labeye « en présence des modifications profondes apportées à son marché qui en ont bouleversé l'économie » ; obligation pour l'administration d'*indemniser* ledit entrepreneur du préjudice subi, non seulement avant la résiliation, mais du fait même de cette mesure et *nonobstant toutes clauses contraires*.

Cependant, dans un certain nombre de cas, le Conseil d'Etat oppose un refus : demande de supplément de prix pour les années 1870 et 1871, fondée sur ce que les événements de ces années avaient amené une hausse imprévue du prix de la matière première et du coût de production des souliers pour l'armée. Rejet : le cahier des charges prescrivant que le prix de chaque paire de chaussures, comprenant d'une part la valeur de la matière première, d'autre part celle de la main-d'œuvre et des frais de production, était fixé, pour toute la durée de l'entreprise, d'une manière invariable (1).

De même, refus d'indemnité à un fournisseur de la viande aux troupes, pour renchérissement notable de la viande au cours d'exécution du marché, comme ne justifiant d'aucune convention par laquelle l'administration se serait engagée à revenir sur les prix consentis, ce renchérissement rentrant au surplus « dans les chances ordinaires d'une telle entreprise (2) ».

Renchérissement dans le prix du bois de chauffage

1. 25 avril 1873, GODILLOT, Leb., p. 352.

2. 28 janvier 1858, MÉDAN, Leb., p. 92.

pour l'armée ? refus d'indemnité au fournisseur, ce cas ne rentrant pas dans ceux prévus, limitativement, dans le marché, à savoir la force majeure et le cas « d'augmentation des droits d'octroi, postérieurement à l'adjudication » (1).

Ces solutions négatives s'expliquent par l'appréciation souveraine de la haute juridiction administrative sur chaque espèce particulière, appréciation qui tient compte des circonstances propres à telle ou telle affaire. Anciennes d'ailleurs pour la plupart, elles montrent les hésitations du Conseil d'Etat devant la rigidité du cahier des charges des marchés de fournitures, rigidité qu'il a fait fléchir graduellement par la généralisation progressive du principe indemnitaire.

Dans les marchés de travaux publics la jurisprudence à cet égard n'est pas différente ; les idées ci-dessus exposées ont trouvé souvent de très intéressantes applications, notamment en matière de travaux de terrassement.

L'article 1793 du Code civil, relatif au marché à forfait, n'admet l'entrepreneur à l'établissement de prix autre que celui convenu, que s'il y a erreur sur la *substance* même du contrat, c'est-à-dire sur la nature des terrains à déblayer. En ce qui touche ce principe, la jurisprudence du Conseil d'Etat, quoi qu'on en ait dit, ne semble pas différente de celle des autorités judiciaires (2). Là où elles paraissent différer, c'est sur ce qu'il faut entendre par cette

1. 16 juillet 1857, DEBOURG, Leb., p. 547.

2. En ce sens, COLIN et CAPITANT, *Droit civil*, édition 1914, p. 558.

nature de terrains : le Conseil d'Etat a vu l'erreur sur la substance du contrat, quand les terrains inférieurs, bien qu'étant de même sorte que ceux indiqués au texte, « offraient, à l'exécution, des difficultés beaucoup plus considérables et plus onéreuses », que celles prévues d'après les couches supérieures ou souterraines mises en évidence par les sondages ou galeries d'essai : autrement dit, la théorie de l'imprévision joue.

Ainsi, dans une affaire Oliva du 23 janvier 1862 (1) (on voit que la question ne date pas d'aujourd'hui), le devis fixait un prix de 0 fr. 60 pour le mètre cube de terrassement, « quelle que soit la nature des terrains et fouilles. » La disposition était générale et formelle ; néanmoins le Conseil alloue un prix nouveau de 1 fr. 50 pour l'extraction de blocs erratiques rencontrés au milieu de la terre, — travail imprévu.

Affaire Vercam, 16 décembre 1864 (2) : prix moyen par mètre cube de déblais de roches, établi dans la prévision que tous les déblais seraient d'une nature « à peu près analogue » à celle des couches superficielles. L'extraction constate que les couches inférieures sont totalement différentes et consistent en un roc très dur dont l'enlèvement exige des moyens dispendieux ; par suite « le prix du mètre cube de « déblais à la mine avait été de 8 francs et quelques « centimes, tandis que le prix du devis était de 2 fr. 20. « Dans ces conditions, déclare M. Aucoc, commis- « saire du gouvernement, on peut dire que cette « nature de travail n'était prévue ni par l'Etat ni par

1. Leb., p. 1108, année 1864.

2. *Id.*

« l'entrepreneur, lorsque le marché a été conclu, et
« que c'est là le cas de fixer un prix nouveau. »

Supplément de prix pour la rencontre dans les fouilles de deux couches imprévues, l'une de gravier, l'autre de glaise, « dont l'extraction et le jet sur berge ont exigé un supplément de main-d'œuvre considérable » (Hughes contre ville de Vernon, 16 mai 1879) (1), ou bien « de déblais de rocs agglomérés se présentant en masses profondes non litées, d'une difficulté d'enlèvement exceptionnelle, ne pouvant rentrer dans aucune des catégories fixées par le cahier des charges » ; nouveau prix (10 juillet 1895) (2).

Dans un procès bien connu : Michon contre ville de Paris, l'arrêt du 3 février 1905 (3) déclare : « cons. qu'il résulte de l'instruction, notamment de « l'avis unanime des experts, que l'entrepreneur « s'est trouvé, dans l'exécution de ses travaux, tant « en tranchées qu'en souterrains, aux prises avec des « difficultés considérables tenant à la rencontre de « nappes d'eau d'une importance exceptionnelle ; « que l'imprévision de cette rencontre est attestée « par ce fait que l'administration, modifiant les con- « ditions d'exécution des ouvrages définis au devis,

1. Leb., p. 395. V. encore 7 juin 1889. Leb., p. 739 : « cons., que l'art. 18 du devis stipule expressément qu'il n'y a, n'y aura qu'un seul prix pour les déblais, quelle que soit leur nature, et que ce prix ne pourra être modifié ; mais que les entrepreneurs soutiennent qu'il s'est rencontré, dans l'exécution, des déblais dont l'extraction a présenté des difficultés que les parties contractantes n'auraient pu prévoir au moment de l'adjudication des travaux ; que ce fait, s'il était justifié, pourrait être de nature à donner aux entrepreneurs droit à un supplément de prix. » Expertise pour vérifier « l'exactitude de ces allégations. »

2. Leb., p. 592.

3. Leb., p. 105.

« a dû, pour permettre l'exécution de l'aqueduc,
« prescrire la pose en dessous du niveau inférieur de
« la maçonnerie de plus de 12 kilomètres de drains ;
« que, par suite le sieur Michon est fondé à réclamer
« une indemnité pour l'aggravation qu'il a subie de
« sujétion tenant à la présence des eaux, telle qu'elle
« n'avait pu entrer dans la commune prévision des
« parties, lors de la passation du marché. »

Hébrard contre ville de Carmaux (26 octobre 1911) (1) : expertise ordonnée à l'effet de rechercher si, contrairement aux prévisions du cahier des charges, l'entrepreneur a rencontré dans les déblais du quartz en masses homogènes, au lieu de rocs schisteux ; « si les faits ainsi articulés étaient exacts, « il en résulterait une véritable imprévision qui, le « marché ne contenant à ce sujet aucune clause for- « faitaire, pourrait autoriser l'entrepreneur à deman- « der l'établissement d'un prix nouveau pour les « travaux qu'il a ainsi exécutés, et l'allocation d'une « indemnité pour ceux dont il a été privé. »

Toutes les solutions qui viennent d'être passées en revue ont été inspirées, tant par des considérations d'ordre général que par le respect des intentions des contractants. Le Conseil d'Etat a pensé qu'il était essentiel que le marché fût exécuté, le travail public achevé, la fourniture livrée, et cela dans un *intérêt public*. Alors il a laissé entendre aux entrepreneurs, aux fournisseurs, au concours desquels l'administration sans cesse fait appel, qu'ils n'ont point à se laisser rebuter, arrêter par les difficultés éventuelles auxquelles ils pourraient se heurter ; qu'ils

1. Leb., p. 983 ; V. encore 16 mars 1906, Leb., p. 239.

doivent réussir à les surmonter ; en revanche ils sont assurés qu'au moment du règlement des comptes, il sera fait état des difficultés qu'il avait été impossible de prévoir, lors de la passation du marché, et qui modifiaient profondément les conditions dans lesquelles celui-ci a dû être exécuté.

Le juge a-t-il refait le contrat, — ce qui serait sortir de son rôle ? Non, il a appliqué simplement les articles 1134 et 1135 du Code civil : *la convention fait la loi des parties, mais dans les limites qu'impose sa nature*. Elle a été conclue en vue de conditions économiques normales ; des événements postérieurs sont survenus, apportant des charges dont les parties n'avaient pas pu tenir compte ; ces événements troublent profondément l'économie du contrat, empêchent, juridiquement, l'application stricte et littérale de ses clauses. Comme le travail ou la fourniture ne doivent pas être arrêtés, ils seront effectués jusqu'au bout, mais l'entrepreneur ou le fournisseur sera rémunéré des charges qui excèdent la limite de son engagement et qu'il n'était pas obligé de supporter.

CHAPITRE II

LA CONCESSION

Le concession de travaux dépasse, dans une certaine mesure, la notion de l'opération de travaux publics, pour devenir un mode d'exécution des services publics. *C'est une opération complexe, dont l'élément le plus important est, non pas la construction d'un ouvrage public, mais plutôt son exploitation par le concessionnaire. Or cette exploitation est, en fait, la gestion d'un véritable service public.*

§ 1. — Définition. — Dans la terminologie du droit public, le mot concession est employé bien souvent en des sens différents, ce qui explique la diversité des définitions qui en ont été données :

Pour M. Béquet : c'est l'attribution à tel ou tel individu ou association du droit exclusif d'entreprendre sur une partie du domaine public de l'Etat, du département ou de la commune, un travail déterminé et de se livrer à son exploitation, soumise à l'agrément de l'autorité.

Pour M. Ducrocq (1) : c'est l'exécution d'un travail

1. *Traité du Droit administratif*, t. II, p. 248.

public par une ou plusieurs personnes substituées aux droits de l'administration. Au lieu de payer directement le concessionnaire, l'administration le substitue au droit qu'elle avait elle-même de percevoir un péage ou un prix de transport.

Pour M. Berthélémy (1) : c'est un contrat par lequel un entrepreneur s'engage à effectuer *ou à entretenir un travail public* (2), moyennant le droit de percevoir une redevance sur ceux qui useront de ce travail.

Ces définitions paraissent s'appliquer plus spécialement à la concession de travaux publics simple. Mais, en matière d'eau, de gaz, et électricité, la concession de travaux publics s'accompagne de la concession de fourniture, et c'est même sur cette fourniture que se perçoit la principale redevance.

D'une manière plus générale, et plus complète, M. Chardenet a dit (3) : « le traité de concession, *« d'une nature si particulière...*, est le contrat qui « charge un particulier ou une société d'exécuter un « ouvrage public ou d'assurer un service public, à « ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans « garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public, avec le droit de percevoir « des redevances sur les usagers de l'ouvrage « public ou sur ceux qui bénéficient du service

1. 8^e édition, p. 615, précité.

2. En effet l'élément marché de travaux publics, bien qu'habituel, n'est pas indispensable : on peut concevoir la concession pour la simple exploitation d'un service public, dont l'établissement a été constitué par la collectivité concédante. C'est ce qui se passe fréquemment en matière de chemins de fer.

3. Conclusions dans arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916 (*Rev. gén. d'Adm.*, nov.-décembre 1916, p. 248).

« public. Lorsqu'il s'agira de la concession d'un ouvrage public ou d'un service de transport, le concessionnaire se trouvera subrogé aux droits qu'aurait l'administration de toucher un péage ou un prix de transport (1). »

Quant à la définition de M. Colson (2) : « la concession de travaux publics est un contrat passé avec cahier des charges, tarif maximum et convention financière, par lequel un concessionnaire s'engage, vis-à-vis d'une administration publique, à *assurer la construction et l'exploitation* d'un ouvrage public, en percevant des taxes sur ceux qui les utiliseront ». Cette définition, qui semble viser surtout les chemins de fer, présente le double avantage :

1° De faire ressortir la différence entre la concession et l'entreprise, le concessionnaire ayant à assurer non seulement la construction mais l'exploitation ;

2° De mettre en lumière l'élément des conventions financières et l'élément du tarif maximum, précaution pour empêcher le concessionnaire d'abuser du droit de lever des taxes sur le public.

Cependant, il importe de mettre au premier plan, comme il le mérite, l'élément de service public, qui

1. Et, parlant spécialement de la concession du service de l'éclairage du gaz, il ajoute : « le concessionnaire fera à ses frais tous les travaux de canalisation et il fournira le gaz. Il sera rémunéré par le droit, que la commune lui cède, de percevoir sur les particuliers des redevances qui dépasseront le prix marchand du gaz fourni. Si la commune avait exploité elle-même, elle aurait eu le droit de percevoir ces redevances ; elle le cède à son entrepreneur, en lui imposant un tarif qui, de toute évidence, est destiné à protéger le public contre les exigences abusives ou arbitraires du concessionnaire ». Sur ces exigences abusives V. 22 décembre 1906, Croix de Seguey-Tivoli.

2. M. COLSON, *Abrégé de la Législation des chemins de fer*, 2^e édition, p. 24.

domine toute la matière, et de montrer que l'opération est en réalité, non pas uniquement contractuelle, mais en grande partie réglementaire. On peut donc dire, avec M. Hauriou (1) : « *la concession de travaux publics est une opération dans laquelle une organisation de service public concédé étant instituée d'une façon réglementaire, les conséquences patrimoniales de cette institution, ainsi que les conditions de la construction et de l'exploitation de l'ouvrage, sont réglées, entre l'administration et le concessionnaire, par un contrat passé avec cahier des charges, tarif maximum et conventions financières.* »

Cette définition met en pleine lumière cette idée-ci : dans la concession, il y a création, par un acte réglementaire, d'un état de choses qui est celui du service public concédé (et qu'il faut rapprocher de la création ou de l'organisation du service en régie). L'acte d'institution intervient par décision réglementaire unilatérale (loi, décret ou délibération d'assemblée suivant les cas) (2), après la fixation des stipulations conventionnelles réglant les droits et obligations de chaque partie.

En d'autres termes, on se trouve en présence d'une *loi-convention* : clauses financières garanties d'intérêt, partage des bénéfices, sont des rapports de créancier à débiteur qui, dans un contrat administratif comme dans un contrat de droit civil, ne concernent que les parties, et, dès lors, ne sauraient être modifiés que par un nouvel accord, librement consenti, des con-

1. *Droit administratif*, 1914, p. 812.

2. ROLLAND, *R. D. P.*, 1909, p. 520.

tractants. « Mais, en réalité, ces clauses, écrit M. le
« professeur Duguit (1), ne forment que la partie la
« moins importante des actes de concession. La
« plupart des dispositions inscrites dans le cahier des
« charges ont un tout autre caractère : elles ont,
« pour objet, de régler les conditions dans lesquelles
« doit fonctionner le service public, par exemple, s'il
« s'agit d'un chemin de fer ou d'un tramway, les
« lignes qui doivent être construites et exploitées,
« le nombre des trains qui doivent être mis en circu-
« lation, les mesures à prendre pour assurer la
« sécurité du personnel et des voyageurs. D'autre
« part, des clauses déterminent les conditions dans
« lesquelles le public usera du service, les tarifs à
« payer pour le transport des personnes et des
« choses, les prix maxima pour la fourniture du gaz
« et de l'électricité... Ces diverses clauses n'ont
« point le caractère contractuel et sont de véritables
« dispositions législatives. Elle forment la loi du
« service public. Si celui-ci, au lieu d'être concédé,
« était exploité directement par l'administration,
« toutes ces dispositions se trouveraient dans la loi
« formelle ou dans le règlement organique du service.
« Personne ne contesterait alors leur caractère
« intrinsèque de loi. Du fait qu'elles sont insérées
« dans un cahier des charges de concession, elles ne
« peuvent changer de caractère. Elle restent des
« dispositions par voie générale, réglant le fonction-
« nement d'un service, et dont peuvent se pré-
« valoir des personnes qui ne sont point parties à la
« convention intervenue, toutes les personnes qui

1. *Transformation du droit public*, 1913, p. 135, 136.

« usent du service public... Il ne pourrait point en
« être ainsi si elles étaient des clauses contractuelles,
« le propre du contrat étant de n'avoir d'effet
« qu'entre les parties contractantes. Ce sont donc
« bien des lois. Mais comme elles sont établies après
« une entente entre l'administration et le concession-
« naire, ce sont véritablement des lois-conven-
« tions. »

§ 2. — **Le caractère de service public.** — Le contrat de concession n'était et ne pouvait pas être prévu à l'époque de la rédaction du Code civil (1) : produit et formé peu à peu par le développement de la vie sociale et économique, il a suivi l'évolution profonde de la conception du droit public et de la loi. Le droit public n'est plus un ensemble de règles s'appliquant à une personne souveraine investie du droit subjectif de commandement, mais l'ensemble de règles déterminant l'organisation des services publics, et assurant leur fonctionnement régulier et ininterrompu. La loi devient ainsi la loi des services publics, dont le nombre augmente chaque jour par un mouvement qui coïncide avec les progrès de la civilisation. Dès lors, dire que dans telle hypothèse, il y a *service public*, c'est dire que, pour donner satisfaction régulière et continue à telle catégorie de besoins d'intérêt général, il y a un *régime juridique spécial modifiable, à tout instant, par les lois et règlements* (2).

1. De même, les contrats d'assurances (incendies, vie, accidents, maladies) et la plupart des contrats relatifs au travail industriel et agricole. Quelques-uns ont été réglementés par des lois spéciales et postérieures.

2. Cette idée a été exposée avec force par M. DUGUIT dans son livre précité, par M. JÈZE dans son *Cours de Droit public*, 1913-1914, et par M. ROLLAND, dans ses diverses chroniques de la *R. D. P. S. P.*

En effet, la fonction essentielle des gouvernants est de gérer les services publics dans des conditions qui répondent exactement à la situation économique du pays. Ils ne peuvent pas abdiquer le pouvoir de modifier à chaque instant dans un but d'intérêt général les règles d'une exploitation publique, *même concédée*, pour les mettre en harmonie avec les besoins sociaux et économiques, dont l'importance grandissante ou même l'existence n'avait pas été prévue lors de la signature de la concession. Ils ont donc le pouvoir de *faire face ainsi, unilatéralement, à l'imprévision, en tant que l'imprévision concerne les conditions du fonctionnement du service*. Il serait inadmissible que le concessionnaire pût faire échec à l'amélioration de ces conditions, dictées par un intérêt public ; il faudrait alors condamner irrémisiblement le système de la concession comme contraire à tout progrès, d'autant qu'elle est accordée toujours pour une longue durée : trente, quarante, cinquante, soixante ans ou plus. Sans doute, en pratique, l'administration demandera au concessionnaire son opinion, les modifications projetées étant de nature, peut-être, à bouleverser les calculs financiers, mais c'est un simple avis. Que l'on n'attaque pas la rigueur d'une telle conception, car nul n'est obligé de *traiter avec l'administration ! Traiter avec elle, c'est accepter, en toute connaissance de cause, l'éventualité de la modification du régime légal du service*.

En résumé, en vertu de leur pouvoir d'appréciation des nécessités du service, apanage inaliénable de la puissance publique, les gouvernants sont absolument libres, sans violer aucun principe de droit,

sans porter atteinte à l'équité, d'ordonner, *sauf indemnité s'il y a lieu*, toutes les mesures extra-contractuelles que l'utilité publique leur paraîtrait comporter.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat, par l'arrêt du 6 décembre 1907 (grandes Compagnies de chemins de fer (1) a décidé que le règlement d'administration publique du 1^{er} mars 1901 n'était point entaché de nullité, bien qu'il modifiât, en les aggravant, les conditions d'exploitation prévues par les cahiers des charges des grandes compagnies, qui se référaient à l'ordonnance du 15 décembre 1846. De même, neuf arrêts du 4 février 1910 à propos d'arrêtés du préfet de la Seine imposant à la Compagnie du Métropolitain, pour la sécurité des voyageurs, des obligations plus lourdes que celles résultant de la concession (2). Ainsi encore, le 11 mars 1910, décision approuvant un arrêté du préfet des Bouches-du-Rhône qui avait augmenté les charges d'exploitation de la Compagnie des tramways de Marseille (3).

Ce qui est faisable par un règlement, peut l'être évidemment par une loi formelle. Le Parlement l'a reconnu en votant la loi du 3 décembre 1908 rela-

1. Leb., p. 913; Sirey, 1908, 3^e partie, p. 1.

2. Leb., p. 97.

3. Leb., p. 216; R. D. P., 1910, p. 270 avec les conclusions de M. Blum : « Ainsi la circonstance que le préfet aurait, comme le soutient la Compagnie des tramways, imposé à cette dernière un service différent de celui prévu par les parties contractantes, ne serait pas de nature à entraîner à elle seule, dans l'espèce, l'annulation de l'arrêté préfectoral... Il appar- tiendrait seulement à la compagnie... de présenter une demande en indemnité en réparation du préjudice qu'elle établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation. » — Au contraire le 23 janvier 1903 (Chemins de fer économ. du Nord), et le 30 janvier 1903 (Comp. des tramways de Paris) le Conseil d'Etat décidait encore qu'aucune modification n'était possible.

tive au raccordement des voies de fer avec les voies d'eau ; cette loi déclare que des décrets en Conseil d'Etat pourront prescrire aux concessionnaires les mesures nécessaires pour l'installation des gares d'eau. Le Parlement l'a encore reconnu en votant, malgré la protestation des compagnies, les lois du 21 juillet 1909 et du 28 décembre 1911, qui les obligent à modifier leurs règlements de pensions de retraite, de manière à assurer à tous leurs employés les droits et avantages prévus par la loi. De plus, les fonds pour le service des pensions devant provenir : 1^o de retenues sur les salaires et traitements des agents ; 2^o de versements des compagnies, une charge nouvelle, non prévue dans l'acte de concession, incombe à celles-ci.

(Elles ne sauraient pas davantage s'opposer à la procédure de conciliation et d'arbitrage, organisée par le projet Briand du 22 décembre 1910, en cas de conflit entre elles et leurs agents, ou entre leurs agents et l'Etat. Certes la grève est une éventualité *prévisible*, même dans de grands services concédés comme les chemins de fer, mais, jusqu'ici, aucune législation *prévoyante* (1) n'est encore intervenue pour en prévenir les effets, désastreux pour la vie nationale) (2).

Mais alors, se pose la question : une indemnité est-elle due au concessionnaire lorsque les conditions d'exploitation, modifiées par décision unilatérale du gouvernement, deviennent plus onéreuses

1. V. Ce qui a été dit dans l'introduction.

2. Cf. Conseil d'Etat, 18 juillet 1913 : M. HELBRONNER : « le fonctionnement régulier et ininterrompu (du service des chemins de fer) est, à toute époque, indispensable à la sécurité du territoire et à la défense nationale. »

pour lui ? Dans les arrêts précités le Conseil d'Etat en a formulé expressément le principe, qui a été admis aussi, au moins implicitement, par la loi du 3 décembre 1908 (art. 3). Il est donc probable que, sur le procès intenté à l'Etat par les grandes compagnies à raison du préjudice à elles causé par les charges nouvelles que leur imposent les lois de 1909 et de 1911, la haute juridiction administrative n'hésitera pas à sanctionner à nouveau le principe d'indemnité.

§ 3. — **Application du régime du service public au service d'éclairage concédé par une municipalité.** — Les conseils municipaux ont, de par la loi du 5 avril 1884 (art. 115) (1), le pouvoir d'organiser de grands services publics communaux, notamment le service public d'éclairage et de distribution de lumière aux habitants. Peuvent-ils, lorsqu'ils adoptent le procédé de la concession, s'engager à maintenir, pendant une période déterminée, une certaine organisation de ce service, quels que soient les changements économiques ou les découvertes industrielles qui viendraient à se produire ?

Le problème s'est posé à la fin du xix^e siècle, lorsque l'électricité est devenue chose pratique.

Nombre de communes avaient concédé le système de l'éclairage public et privé à des Compagnies du gaz. Le concessionnaire, en échange des dépenses considérables qu'il s'engageait à effectuer (travaux

1. Approbation dans certains cas par le préfet ou par décret. On rappelle ici que, pour le département, la concession est accordée par délibération du Conseil général (L. 10 août 1871, art. 46. § 11) ; pour l'Etat, par loi ou décret suivant l'importance des travaux (L. du 27 juillet 1870).

de canalisation, construction d'usines, etc.), recevait pendant tant d'années le « privilège exclusif de placer dans les rues et terrains dépendant de la voirie urbaine des tuyaux destinés à l'éclairage » ; et devait être, « pendant le même délai », chargé exclusivement de l'entreprise de l'éclairage public de la ville et de la distribution de lumière aux habitants.

Une pareille rédaction liait-elle irrémissiblement les municipalités ; les empêchait-elle de faire profiter les particuliers de l'invention de l'électricité et de leur assurer les avantages de ce nouveau mode d'éclairage meilleur marché ? Elles traitèrent avec des Sociétés électriques, leur accordant, pour un certain temps, le privilège d'établir, dans les voies publiques, des fils, câbles et autres appareils destinés à la distribution de la lumière électrique. D'autre part, elles fixèrent les conditions dans lesquelles s'effectueraient, par l'électricité, l'éclairage public de la commune et la répartition de lumière entre les habitants (tarifs, compteurs, canalisations, etc.). C'était, en réalité, organiser un second service public d'éclairage, faisant concurrence au premier. Le premier acte de concession ne s'y opposait-il pas, n'ayant pas prévu cette éventualité ?

La question s'est posée avec d'autant plus de gravité, que beaucoup de compagnies gazières avaient eu l'habileté de faire souscrire par les villes l'engagement de ne pas favoriser d'entreprise concurrente. Désireuses à la fois, de rentrer rapidement dans leurs frais d'installation et de s'assurer des bénéfices sûrs, elles surprirent souvent la bonne foi des autorités municipales par l'insertion de clauses (1), favorables

1. L'expression « concession de lumière » était tendancieuse et imprévue.

à leurs intérêts personnels en les prémunissant contre les conséquences, fâcheuses peut-être à leur entreprise, de découvertes industrielles ultérieures, mais néfastes aux intérêts généraux des communes en mettant obstacle à l'amélioration du service. Elles ont ainsi donné des armes aux partisans des régies municipales (1).

Une solution équitable et véritablement juridique n'est possible que si l'on fait intervenir, ici comme pour les chemins de fer et tramways, la notion essentielle de service public. Si l'on méconnaît ce principe et cherche à résoudre la question en appliquant le procédé du droit privé, on aboutit à la solution suivante : la convention fait la loi des parties. La Compagnie du gaz a obtenu contractuellement un privilège exclusif de distribution de lumière dans certaines conditions inscrites à l'acte de concession. Pendant toute la durée de la concession, elle pourra empêcher le moindre changement dans les conditions d'exploitation stipulées. *On n'avait prévu que l'éclairage au gaz* ; seul il fonctionnera. Si les citoyens de la localité veulent de la lumière électrique, que chacun la fabrique à domicile pour son usage particulier !

Manifestement, cette solution manque de souplesse et d'élégance. Elle met l'intérêt général des habitants

L'administration ne pouvait pas, sans le consentement du concessionnaire, apporter de modification à l'organisation primitive du service.

1. « Les abus commis par les concessionnaires ont été un facteur décisif du mouvement municipaliste. La municipalisation n'a été, dans bien des cas, qu'une réaction contre le système de la concession » (Exposé des motifs de la proposition de loi de M. Adrien Veber, relative à la municipalisation des services publics (Chambre des Députés, docum. parlem., session de 1914, n° 309). — V. encore M. BOUVIER, *Régies municipales*, 1910.

sur le même rang que l'intérêt privé du concessionnaire. Elle sacrifie le premier au second. C'est inadmissible.

Pourtant cette solution critiquable fut d'abord adoptée par le Conseil d'Etat. Dans deux arrêts du 26 décembre 1891 (villes de Montluçon et de Saint-Etienne) rendus d'après les conclusions du commissaire du gouvernement M. Valabrègue, il se plaça exclusivement sur le terrain contractuel, et en arriva à considérer, par une interprétation excessive, le privilège exclusif consenti en faveur d'une compagnie gazière comme lui constituant monopole pour toute espèce de lumière (1). La compagnie est déclarée fondée à demander l'annulation de l'arrêté par lequel le Conseil de préfecture a rejeté sa demande de dommages-intérêts (2), et la Ville invitée à retirer la deuxième concession Edison. En 1898, après expertise, condamnation de la ville de Saint-Etienne à payer 600.000 francs à la Compagnie du gaz, représentant le préjudice éprouvé tant par l'activité de la deuxième concession que par son non-retrait.

1. S. 94. 3. 1. et note de M. Hauriou : « Des dispositions combinées des « traités intervenus en 1851 et 1857 entre la ville de Saint-Etienne et la « Compagnie du gaz, il résulte que ladite Compagnie a été seule et exclusivement chargée du service de l'éclairage dans la ville de Saint-Etienne « pendant toute la durée du bail, sans distinction aucune entre l'éclairage « public et l'éclairage particulier. Si ces traités réglementent uniquement « l'éclairage au gaz, seul procédé alors en usage, l'article 14 du traité de « 1857 confère à la Ville la faculté d'imposer à la Compagnie, sous certaines « conditions déterminées, l'adoption de tout nouveau mode d'éclairage qui « viendrait, par suite des découvertes de la science, à être généralement « substitué à Paris et à Lyon, au mode usité. En imposant ainsi à sa Compagnie concessionnaire l'obligation de la faire profiter de l'application des « découvertes futures, la Ville a, par cela même, précisé le sens et la portée « des engagements qu'elle contractait envers la dite Compagnie, et du droit « exclusif qu'elle entendait lui concéder ».

2. 25 novembre 1898.

Or, il n'est pas douteux, au point de vue du simple bon sens, qu'il n'y a pas de service d'éclairage au sens absolu du mot : il y a en réalité plusieurs services d'éclairage, suivant la nature de lumière employée ; de même qu'il y a plusieurs services de transport, par chemins de fer, tramways, etc. En outre, il existe une prévention très forte contre le monopole des Compagnies d'éclairage au gaz, étendu à toute espèce d'éclairage ; en effet l'on voit bien le préjudice causé au public, aux villes, aux entreprises électriques, si on reconnaît cette extension. Au contraire, si on la refuse, le préjudice occasionné aux entreprises d'éclairage n'apparaît pas nettement, car il n'est pas prouvé qu'elles ne soient point à même de supporter la concurrence.

Le Conseil d'Etat, tirant de ses arrêts de principe exagérés des conséquences rigoureuses, jeta dans de cruels embarras les municipalités, prises entre leurs concessionnaires gaziers et leurs permissionnaires électriciens (1) ; il fut amené, généralisant l'affaire de Saint-Etienne, à prononcer contre elles des condamnations à des indemnités considérables.

Le procédé du service public conduit à une tout autre solution, solution plus souple et plus équitable, qui, à la fois, donne satisfaction aux exigences de l'intérêt général et respecte les intérêts privés légitimes du concessionnaire.

L'idée de service public, on l'a constaté, permet de distinguer :

- 1° L'organisation et le fonctionnement du service ;
- 2° La délégation de son exploitation à un individu ou à une société.

1. 30 mai 1902, Bar-le-Duc. S. 1903. 3. 65.

Par suite : 1^o les autorités municipales ont le pouvoir de modifier, à tout moment, le fonctionnement du service public d'éclairage ; par conséquent, d'assurer aux habitants les avantages de la distribution de l'électricité lors de la découverte de ce nouveau genre de lumière ; modification par l'exercice du pouvoir réglementaire, qui n'est susceptible ni d'être lié, ni réduit par l'acte de concession (1).

2^o La délégation, elle, est un contrat, créateur d'une situation juridique individuelle, intangible, non modifiable par l'exercice du pouvoir réglementaire. Aussi, déléguer, avant l'expiration de la période fixée, l'exploitation en concession d'une partie du service public d'éclairage à une nouvelle société, c'est méconnaître le privilège exclusif de distribution de lumière accordé contractuellement à la première société. Il y a faute contractuelle, engageant la responsabilité du patrimoine administratif communal. La Compagnie du gaz a droit à des dommages-intérêts pour inexécution de la convention. D'ailleurs elle peut invoquer son privilège pour demander à exploiter, *aussi*, le service d'éclairage électrique ; mais c'est là une faculté pour elle, et non une obligation, attendu que la transformation est considérable. Mais il ne faut pas non plus qu'elle prétende, sous le couvert de privilège exclusif, imposer des conditions financières désastreuses pour les finances municipales.

1. En vertu de cette même idée, droit de substituer, à tout instant, la régie intéressée ou directe au système de la concession. Et si la clause de non-rachat anticipé a été stipulée, elle doit être interprétée comme entraînant simplement le droit, pour le concessionnaire, à une indemnité spéciale, réparatrice du préjudice subi par lui de ce chef et auquel il ne pouvait s'attendre (V. en ce sens JÈZE, *Droit public*, 1913, p. 294, note 1).

Par un revirement heureux de sa jurisprudence, en 1900 et en 1902, le Conseil d'Etat a trouvé une solution habile, équitable, qui dégage les villes de l'impasse dans laquelle il les avait enfermées et qui concilie les deux intérêts en présence (1) :

Elles n'ont qu'à mettre les Compagnies gazières *en demeure* de fournir la lumière électrique, aux conditions offertes par les électriciens ; si celles-ci refusent, leur *droit de préférence* est perdu et les municipalités deviennent libres de traiter avec les Compagnies électriques. Mais les gaziers doivent être mis en demeure d'exercer leur droit de préférence [*en lequel s'est mué le privilège exclusif*], sinon ils sont fondés à réclamer des dommages-intérêts.

Jusqu'à présent le Conseil d'Etat n'applique cette procédure que lorsque le traité passé avec la Société du gaz ne contient pas de clause réglant la question de l'éclairage électrique (clause du meilleur éclairage). Si le traité contient une disposition à ce sujet, le Conseil estime que, les parties ayant prévu la question, il n'y a qu'à appliquer leur convention, quelle qu'elle soit. Sans doute sera-t-il amené, dans un avenir prochain, par la force même de la notion de service public, à autoriser la procédure de la mise en demeure également dans cette hypothèse.

§ 4. — **Les sanctions.** — En regard des obligations provenant de la situation réglementaire, le concessionnaire possède un droit de jouissance exclu-

1. 22 juin 1900, commune de Maroune ; 10 janvier 1902, Déville-les-Rouen ; 23 novembre 1906, Société de la Fusion des gaz contre ville de Pamiers. — V. encore 13 mars 1903, ville de Caudry ; 20 novembre 1903, Bagnères-de-Bigorre ; 11 novembre 1910, ville de Longwy (V. *Revue des concessions*, 1911, p. 27).

sive sur la dépendance du domaine public dont il entreprend l'exploitation ; droit révocable, certes, mais qui ne peut être anéanti que par le rachat total de la concession ; droit opposable aux tiers, et même aux concédants jusqu'à rachat. Il possède aussi le droit de péage, et le droit d'expropriation qui est un des apanages de la puissance publique.

Les obligations provenant de la situation contractuelle sont relatives à l'exécution des travaux (délais, nature des matériaux), à l'entretien des ouvrages (aux frais du concessionnaire, sauf convention contraire) et au service de l'exploitation ; elles sont consignées dans le cahier des charges spécial à la concession (1).

Les droits provenant des stipulations financières sont relatifs au concours financier, promis par l'administration pour construire et exploiter, et aux garanties fixées au cas de rachat.

Quant aux sanctions à la disposition de l'administration il est intéressant de les connaître car, en raison de leur rigueur, la jurisprudence a hésité, hésite de plus en plus, à les appliquer brutalement. Ce sont :

1° La saisie des revenus, pour les employer à l'entretien de l'ouvrage si le concessionnaire le néglige ; l'amende conventionnelle ;

1. Cependant il y a des *contrats types* pour les chemins de fer d'intérêt local (loi du 31 juillet 1913), pour les concessions de tramways, d'éclairage électrique et de force motrice.

Le concessionnaire a droit à tous les avantages spécifiés dans le cahier des charges, mais non à ceux qui n'y figureraient pas. Ainsi (BERTHÉLÉMY, p. 617) : il ne pourrait pas utiliser les travaux pour un usage autre que celui prévu.

2° Le séquestre, qui ressemble à la mise en régie du marché par entreprise ;

3° La déchéance, si les travaux n'ont pas commencé dans le délai fixé, ou en cas d'inobservation du cahier des charges, ou bien comme conséquence du séquestre si dans les trois mois le concessionnaire n'est pas en mesure de reprendre l'exploitation ;

4° La résiliation, homologuée par les mêmes autorités qui ont approuvé le contrat.

Ces mesures peuvent être prononcées même par décision exécutoire si le cahier en a réservé le droit à l'administration, mais à ses risques et périls. Si la décision est ensuite reconnue mal fondée, le juge non seulement l'annulera, mais sera à même d'allouer une indemnité au concessionnaire (1), surtout en cas de déchéance, ruineuse pour ce dernier en raison des capitaux souvent importants par lui engagés et immobilisés.

Ces sanctions étant très graves, le Conseil d'Etat, après avoir posé d'abord en principe la rigidité du cahier des charges (en cette matière comme pour les

1. Cons. d'Etat, 8 février 1878, PASQUER ; 6 avril 1895, DESHAYES ; 20 janvier 1905. Comp. départementale des eaux et concl. de M. ROMIEU, *Leb.*, p. 55. Il y a ici une différence considérable contre l'entrepreneur et le concessionnaire : dans le cas du marché de travaux publics ordinaire, le maître de l'ouvrage a toujours le droit de rompre le contrat dans les conditions de l'article 1794 du Code civil, c'est-à-dire en indemnisant l'entrepreneur, à la fois du préjudice causé et du manque à gagner. Par suite, le juge a le droit d'accorder une indemnité — souvent fort élevée, mais non d'annuler l'arrêté de résiliation pris par l'administration.

Au contraire, le concessionnaire possède un droit acquis à la jouissance de la concession pendant toute sa durée ; s'il n'est en faute, il n'en peut être privé que par rachat. Dès lors, si la déchéance a été prononcée à tort, elle ne sera pas maintenue à titre de résiliation facultative ; le juge peut l'annuler, ce qui implique la continuation du contrat, et indemniser du préjudice occasionné par l'interruption (ROMIEU, *loc. cit.*).

marchés de travaux publics proprement dits), comprit que les rouages de la concession, maniés avec trop d'inflexibilité, risqueraient d'éclater. Devant d'impérieuses considérations de fait, il abandonna sa première jurisprudence (11 juillet 1881, syndic de la faillite du chemin de fer d'Orléans à Rouen ; 11 janvier 1884, Level) ; il fut amené à proclamer le droit du juge de condamner à des dommages-intérêts, par application de l'article 1142 du Code civil, pour infractions au contrat, — infractions pour lesquelles le contrat n'avait édicté aucune clause pénale, — et par substitution aux sanctions rigoureuses, seules prévues et mentionnées.

Cet *appel au droit commun* a été consacré par l'arrêt mémorable du 31 mai 1907, *ville de Nouzon* (1), rendu sur les conclusions de M. Romieu. C'est dans le droit civil que le Conseil d'Etat, désireux de trouver une solution d'équité et de justice, a puisé son inspiration. Il importe de souligner ce fait, alors que certains esprits cherchent à dresser le droit administratif et le droit civil l'un contre l'autre, en frères ennemis et rivaux.

Ici encore se manifeste la tendance déjà signalée, à savoir la *dénaturation* de la plupart des contestations entre l'administration et ses co-contractants, en demandes d'indemnité.

§ 5. — **Conclusion.** — De tout ce qui précède résulte clairement que la concession, par sa nature et les obligations qu'elle entraîne, est une convention d'une essence très particulière (2), d'où la difficulté de

(1) I. Leb, p. 514. S. 1907. 3. 113 et note.

(2) a. Ainsi encore : interdiction de se livrer à aucun acte ou commerce dans un but de spéculation et étranger à la concession (Paris, 2 août 1900,

la définir. Et pourtant ! en dépit des entraves, en dépit des restrictions, les concessionnaires ont presque toujours réalisé des bénéfices, souvent considérables, parce que, malgré la dose d'inconnu dans les avantages par eux escomptés, l'incertitude porte sur le rendement des redevances, non sur le droit de les percevoir, lequel est assuré. L'Etat, les municipalités, délèguent l'exploitation de grands services publics afin de ne pas courir le risque de résultats financiers aléatoires (1). Le concessionnaire acceptant la délégation du service en accepte aussi les chances bonnes ou mauvaises ; ces chances pourront d'ailleurs se compenser, puisque le bénéfice de l'exploitation lui est acquis pendant une longue durée. Or, en raison même de cette durée, des éventualités peuvent surgir, impossibles à prévoir. *En matière de concessions l'imprévision est fatale*, et il est difficile d'en tenir compte.

Certes, si les concessionnaires sont atteints par des découvertes industrielles *avec la complicité des administrations concédantes*, ils puiseront soit dans le droit administratif, soit dans le droit civil, les dispositions réparatrices. Mais les dommages qu'ils subiraient *sans l'intervention des concédants*, nul ne les en peut garantir juridiquement. L'Etat devrait-il indemniser les Compagnies de chemins de fer, le jour où

S. 1901, 2, 135 ; Req., 18 avril 1910, *Revue des Concessions*, 1910, p. 102) ; interdiction de cession (avis du Conseil d'Etat du 17 février 1876) sans autorisation préalable de l'autorité, et, en matière de chemins de fer d'intérêt local ou de tramways la loi se montre à cet égard exceptionnellement sévère (V. Loi du 31 juillet 1913, art. 33).

1. Pour les grandes Compagnies de chemins de fer intervient la garantie d'intérêt, c'est-à-dire d'un revenu minimum, à raison de l'importance des travaux, par elles effectués, et parce que leur crédit est lié à celui de l'Etat. Il y a là une situation spéciale.

l'automobile et l'aéroplane, devenus moins coûteux, permettraient de se passer de leurs services ? Non, certainement non !

D'ailleurs, il ne semble guère jusqu'ici que les événements susceptibles, dans le cours d'un demi-siècle, de troubler les conditions d'exécution des conventions, aient préjudicié à l'activité des concessionnaires. Loin de là. Compagnies de chemins de fer, de tramways, de gaz, d'électricité ont, par les utilisations, transformations, perfectionnements d'inventions toujours nouvelles, incessantes, accru leur prospérité matérielle et financière dans des proportions inespérées. *Plus large a été le risque, plus large le bénéfice.*

Au contraire, les marchés de travaux publics et de fournitures, contrats d'une importance moindre, ne renferment que le minimum d'aléa inséparable de toute opération industrielle ou commerciale ; par suite, la révélation d'un risque exceptionnel, imprévisible pour les parties, vicie le consentement de celle d'entr'elles que l'événement accable, et c'est justement, juridiquement, que fut élaborée à cet effet la théorie indemnitaire de l'imprévision.

Mais il est difficile d'invoquer cette théorie en matière de concession, la concession impliquant par elle-même, presque fatalement, l'imprévision. Il en a été tenu compte cependant — avec raison — d'une façon très spéciale en ce qui concerne les conditions d'organisation de la concession, parce qu'alors apparaît la notion de service public, parce qu'alors l'administration a le droit de modifier à chaque instant, dans l'intérêt général, les règles du fonctionnement d'un grand service public. Mais il n'y a pas à

l'appliquer en ce qui concerne le rendement, plus ou moins rémunérateur pour l'exploitant, des redevances dont la perception a été autorisée en sa faveur. On chercherait vainement dans la jurisprudence d'avant la guerre un arrêt qui l'ait admis en terme exprès.

En résumé : imprévision dans les marchés de fournitures et de travaux publics : théorie indemnitaire.

Imprévision dans la concession-service public : modification réglementaire du fonctionnement du service.

Imprévision dans la concession-contrat, qui est *plutôt* (1) une simple exploitation commerciale : aucun effet.

Telles sont les solutions auxquelles on était arrivé avant 1914. Survient la guerre, et tout naturellement se pose la question : la guerre a-t-elle une influence sur l'exécution des conventions administratives ? Si oui, quelle influence ?

Ce problème va être examiné dans la deuxième partie du présent travail.

1. Plutôt, et non pas uniquement, parce que les deux éléments de la concession se mêlent d'une façon intime, et que *l'élément service public domine l'élément contrat*, lui imprime une empreinte indélébile. L'intérêt de cette observation ressortira plus loin.

DEUXIÈME PARTIE

L'IMPRÉVISION ET LA GUERRE

CHAPITRE III

LA FORCE MAJEURE

§ 1. — **En Droit civil.** — La guerre est-elle de nature à altérer ou à empêcher l'accomplissement des obligations ; autrement dit : est-elle un *cas de force majeure* ? On entend par force majeure un événement indépendant de la volonté du débiteur et qui, matériellement, le met dans l'impossibilité d'accomplir ses obligations ; le libère, si l'empêchement est définitif ; lui permet d'ajourner l'exécution, si l'empêchement est temporaire (1).

Ces deux observations résultent de l'article 1147 du Code civil, d'après lequel l'inexécution ou le retard dans l'exécution donnent lieu à des dommages-intérêts s'ils sont dus à la faute du débiteur ; de

1. V. DALLOZ, *Code civil annoté*, art. 1148. — COLIN et CAPITANT, *Droit civil*, t. II, p. 11 et suiv. — PLANIOL, t. II, n° 231 et suiv. — WAHL, *Revue de Droit civil*, 1915 et 1916 : exonération et réduction de loyers par suite de la guerre.

l'article 1148 qui dispense le débiteur de dommages-intérêts, quand une force majeure l'a empêché d'exécuter ; de l'article 1302, qui dit que la perte de la chose sans la faute du débiteur libère ce dernier.

En d'autres termes celui-ci est libéré, lorsque la cause de l'inexécution lui est étrangère *et* (1) consiste dans un événement supérieur à la volonté individuelle, que cette volonté est impuissante à empêcher ou à prévenir.

Certains auteurs distinguent la force majeure provenant d'une force étrangère, et *le cas fortuit*, obstacle interne, résultant des conditions de l'exploitation (accident de matériel, faute d'un employé, etc...). D'autres opposent l'impossibilité relative d'exécution, mais dont une volonté mieux armée aurait triomphé (cas fortuit) ; à l'impossibilité absolue, obstacle irrésistible, imprévu et imprévisible : tremblement de terre, guerre, fait du prince, seraient des cas de force majeure.

Le Code civil et la jurisprudence emploient indifféremment l'une ou l'autre expression, ou les accolent pour rendre la même idée (2), le cas fortuit entraînant, tout comme la force majeure, l'exonération du débiteur. Cette conception est conforme à l'équité, car on ne doit pas exiger du débiteur plus que ce qu'un homme d'une bonne moyenne intelligence est capable de fournir.

Cependant, dans certaines hypothèses, le débiteur, libéré par la force majeure, ne le sera point par le

1. *Et consiste...* parce que la cause étrangère au débiteur pourrait être simplement le fait du créancier.

2. V. art. 855, 1302, 1722, 1730, 1733, 1769, 1772, 1773, 1784, 1882, 1929, 1934, 1954. — V. Paris, 13 nov. 1903. D. P. 1904. 2. 73, annoté par M. Colin.

cas fortuit : ainsi, d'après la loi du 9 avril 1898 lorsque l'accident du travail provient d'un cas fortuit, risque inhérent au métier (rupture de chaudière, éclat de métal, mouvement involontaire de l'ouvrier), le chef d'entreprise est tenu de payer les indemnités fixées par la loi. Mais il n'en doit aucune, si l'accident a été provoqué par la force majeure indépendante de l'exercice même du métier (ouragan, inondation, foudre, tremblement de terre...)

De même, dans les articles 1772 et 1773 du Code civil relatifs aux baux à ferme, la mise des cas fortuits, par stipulation expresse, à la charge du fermier, ne s'entend que des « cas fortuits ordinaires, tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure », mais non des « cas fortuits extraordinaires » — force majeure proprement dite —, tels que les *ravages de la guerre* ou une inondation, auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet, « à moins que le preneur n'ait été chargé de *tous les cas fortuits prévus ou imprévus* ». Le débiteur se fait en quelque sorte assureur du créancier contre les risques qui menacent la créance de celui-ci ; mais, *en raison de l'importance de cette clause d'aggravation, la loi en limite l'effet.*

On remarque aussi que les cas fortuits dont l'arrivée probable est prévisible, comme la gelée, la grêle, le tonnerre.... n'en sont pas moins des cas de force majeure, s'il n'était pas au pouvoir de l'homme d'en prévenir les conséquences.

De plus, tout cas imprévu n'est point un cas fortuit car, de ce qu'il a été imprévu pour celui qu'il atteint, ne résulte pas indiscutablement que celui-ci n'ait pu le prévoir : la règle de principe de l'article 1137 est applicable : Le débiteur est responsable de la

déception qu'il a causée à son créancier si elle résulte d'un événement qui devait être prévu par un *bonus pater familias*. A plus forte raison, lorsque cet événement a été occasionné par son propre fait. C'est à lui, d'ailleurs, à prouver le cas prétendu libérateur puisqu'il invoque un fait contraire à l'ordre normal (1). Quant au juge, sa mission sera d'apprécier souverainement » dans chaque espèce la gravité de l'obstacle qui surgit et la somme d'énergie dépensée par le débiteur.

Ainsi, d'après une jurisprudence abondante, la grève ne libère l'industriel des engagements pris envers ses clients que s'il était impossible de la prévoir en contractant ; mais elle ne constitue pas un cas de force majeure, lorsque provoquée par les exigences du patron à l'égard de ses ouvriers (2).

Dans un arrêt de la Cour de Rouen du 8 août 1900 (S. 1904. 2. 42), on lit que des entrepreneurs de débarquement de navires s'étaient, par suite d'une grève, trouvés « dans l'impossibilité absolue d'exécuter normalement leurs engagements pour une cause indépendante de leur volonté qu'ils n'ont pu prévoir, ni empêcher, constitutive à ce titre du cas

1. *Actori incumbit probatio* (Ulpien, L. 9 § 4. D. locat. XIX, 2).

2. Rennes, 28 juin 1894. D. P. 95. 2. 214 ; Douai, 28 juin 1901. D. P. 1902. 2. 133 ; Nancy, 10 juillet 1909. S. 1910. 2. 103 ; Rouen, 15 novembre 1911. *Gaz. Pal.*, 1911. 2. 581. — On a proposé, dans ce cas, une distinction : le chef d'entreprise a contracté une obligation de *faire* : force majeure s'il prouve qu'il a été mis par la grève dans l'impossibilité absolue de remplir son engagement. Il a contracté une obligation de *donner* : il peut toujours livrer des produits similaires et il est en faute de n'avoir pas inséré dans le marché une clause d'exonération en cas de grève, qui, alors, n'est pas un cas fortuit (Thaller, *Annales de droit commercial*, 1895, p. 154).

« fortuit ou de force majeure, qu'ils ont tout fait
« pour remédier à cet obstacle invincible » (1).

La force majeure, reconnue par le tribunal, exonère le débiteur du paiement de dommages-intérêts et autorise la résiliation du contrat. Cependant l'effet résolutoire n'a rien d'absolu et l'exécution peut encore être poursuivie lorsque l'obstacle a cessé et n'avait pas trait à l'objet principal de l'obligation (2). *La force majeure peut donc avoir seulement pour conséquence la suspension temporaire de l'obligation assumée* (3).

§ 2. — **En droit administratif.** — Les mêmes principes se retrouvent en matière administrative. Souvent d'ailleurs les cahiers des charges des marchés de fournitures, de transports, de travaux publics, prévoient des événements accidentels, des cas de force majeure, comme susceptibles d'ouvrir droit à indemnité ou résiliation pour le fournisseur, l'entrepreneur. D'abord, si l'exécution ou retard dans la livraison provient d'un événement de ce genre régulièrement constaté, le Conseil d'Etat n'hésite pas à décharger le fournisseur, l'entrepreneur de la clause pénale : département de la Seine contre Cantuel (5 mars 1909, Léb. p. 246) : clause pénale stipulée dans le cahier à raison d'un retard dans l'achèvement des travaux est inapplicable pour la période où

1. V. encore Poitiers, 12 janvier 1903. S. 1904. 2. 42 ; Rennes, 28 juin 1894. S. 1395. 2. 108 ; Aix, 21 nov. 1901. S. 1902. 2. 51 ; Cass., 28 oct. 1907) S. 1908. 1. 32, et 12 avril 1909. S. 1909. 1. 368.

2. L'intention des parties n'étant pas de faire un point essentiel du délai assigné ; Rennes, 9 mai 1871. D. P., 1872. 2. 211 ; Besançon, 21 fév. 1872. D. P. 1873. 2. 215.

3. Civ. 15 fév. 1888 D. P. 88. 1. 203.

ce retard est dû à l'abandon des chantiers au cours d'une grève de maçons et terrassiers (1).

Force majeure, la grève générale des états-majors de la marine marchande survenue à la suite d'un conflit entre les états-majors et les inscrits maritimes ; la Compagnie des Messageries maritimes, qui était étrangère à cette grève et n'avait ni le pouvoir de la prévenir ni de l'arrêter, est dispensée de la lourde amende à laquelle l'astreignait le cahier des charges en cas de retard dans les transports (29 janvier 1909. Leb., p. 111, et concl. de M. Tardieu) (2).

Même Compagnie 1^{er} août 1914 (Leb., p. 997) : rechercher si l'insuffisance de vitesse obligatoire est due ou non à la force majeure : non, pour les avaries survenues aux machines de navires sans qu'il se soit produit d'événements extraordinaires au cours du voyage : oui, pour la grève de mineurs australiens qui empêche la Compagnie de réaliser les approvisionnements de charbon nécessaires.

Sur le point de savoir si les circonstances invoquées présentent ou ne présentent pas les caractères de la force majeure, chaque espèce comporte une interprétation particulière qui rentre dans l'appréciation souveraine du Conseil d'État. En ce qui concerne les entreprises de travaux publics, la question d'appréciation de la grève est devenue beaucoup plus simple depuis l'introduction, dans les cahiers

1. Cela résulte aussi, *a contrario* d'une série d'arrêts, dans lesquels la peine ne fut maintenue que parce que la force majeure n'était pas suffisamment constatée : 12 juillet 1864, TERRON, Leb., p. 627 ; 11 mai 1870, POSTEL, Leb., p. 566, 6 février 1874, RIVIÈRE, Leb., p. 136.

2. V. encore Société métallurgique de l'Ariège, 3 juillet 1912. Leb., p. 777 ; grève dans les usines de fabrication, exonération des pénalités de retard.

des charges, en vertu des décrets Millerand du 10 août 1899, des clauses relatives aux conditions et aux prix du travail sur les chantiers (1).

Les fournisseurs ont fréquemment invoqué la force majeure pour demander la résiliation de leurs traités. Exemple : des entrepreneurs chargés de la fourniture, en 1857, de salpêtres exotiques, obtinrent résiliation de leur marché par ce motif que les troubles survenus dans l'Inde à cette époque, en arrêtant la fabrication du salpêtre exotique, constituaient un cas de force majeure qui leur rendait impossible l'observation de leur contrat (2).

Il est nécessaire que l'inexécution soit la conséquence d'un événement purement fortuit et non d'un fait imputable au fournisseur (3). En outre l'accident doit être complètement imprévu, *s'il s'agissait seulement de difficultés que, bien qu'exceptionnelles, il devait faire entrer dans ses prévisions lors de la passation du marché, il ne serait pas fondé à s'en prévaloir* pour se faire indemniser des conséquences de la résiliation prononcée contre lui (4).

De même lorsqu'elles pouvaient être conjurées : un fournisseur de fourrages en Algérie, ayant subi des pertes, réclamait une indemnité en se fondant sur ce qu'une insurrection, éclatée dans le cercle des villes auxquelles s'appliquait son entreprise, l'avait privé des récoltes sur lesquelles il comptait. Ce fait cons-

1. Alors, par exemple : le salaire étant fixé d'après les règles indiquées au marché, le refus de toute augmentation ne pourra être considéré comme une résistance injustifiée de la part du patron.

2. 18 mars 1858, JEMINE, Leb., p. 224.

3. 22 février 1855 : GUILHEM, Leb., p. 163 ; 22 nov. 1872 : LION, Leb. p. 634.

4. 19 juillet 1872 : LEGONTE-DUPOND, Leb., p. 634.

tituait, suivant lui, un événement de force majeure. Rejet ; aucune disposition de la convention ne déterminait les localités dans lesquelles l'entrepreneur devait s'approvisionner du fourrage destiné à l'administration ; par suite celle-ci n'était pas tenue de lui garantir la sécurité des lieux qu'il pensait utiliser (1).

Toujours d'après les principes du droit civil, un entrepreneur qui contracte une obligation impossible ne peut arguer de cette impossibilité, lorsqu'il a été à même de la connaître avant de s'engager, comme d'un cas de force majeure susceptible de l'exonérer de la pénalité d'inexécution (2). Il n'y a pas à proprement parler force majeure, puisque prévisible.

Mais l'entrepreneur devient responsable des cas de force majeure dont l'arrivée, *depuis la mise en demeure*, l'empêcherait d'accomplir son obligation (3) (cf. l'art. 1302 du Code civil), parce qu'alors il est en faute.

Au surplus, les événements de force majeure qui affranchissent le fournisseur des conséquences de l'inexécution de son engagement dans les délais fixés, dégagent pareillement l'administration d'obligations prises par elle en vue de besoins déterminés (4).

Les règles sur la force majeure sont donc applicables en droit administratif comme droit civil. Mais l'autorité judiciaire a précisé bien souvent qu'à l'impossibilité d'exécution il ne fallait pas assimiler les

1. 26 décembre 1856 : BADENCO, Leb., p. 728.

2. 27 janvier 1853 : MARTIN, Leb., p. 43.

3. 18 février 1858 : PIGEON, Leb., p. 162.

4. 15 nov. 1872, LAMBLÉ, Leb., p. 617. A noter qu'aucun cas de force majeure entraînant résiliation n'a été cité en ce qui concerne les grandes Concessions.

événements qui rendent, pour l'un des contractants, l'accomplissement du contrat plus lourd ou plus difficile (Voir notamment Cass., 27 janvier 1875. S. 1875. 1. 367) : « la force majeure résulte d'un fait « qui rend l'exécution de la convention impossible, « et non de celui qui la rend seulement plus onéreuse (1). » Aussi refus, par exemple, de considérer l'élévation des tarifs douaniers comme un événement de force majeure entraînant résolution du contrat (2). De même, une crue de rivière qui a rendu la navigation plus difficile, mais ne l'a pas interrompue (3).

Au contraire le conseil d'Etat a élaboré la théorie indemnitaire de l'imprévision, lorsque l'exécution est devenue, non impossible, mais seulement très onéreuse. La Cour de cassation obligeant, elle, le débiteur d'une obligation commerciale ou civile à l'accomplir à tout prix tant qu'il n'y a pas impossibilité matérielle, on constate entre les deux juridictions une divergence considérable d'appréciation des événements. Pourtant, il n'y a nullement interprétation inconciliable lorsqu'on n'oublie pas la différence, exposée plus haut, entre les contrats civils qui ne mettent en jeu que des intérêts particuliers — par suite aléatoires, stricte exécution — et les contrats administratifs qui mettent en jeu l'intérêt public,

1. Voir encore Cass. 15 février 1888, S. 1888, 1. 446. Cependant la Cour de Nancy, par 2 arrêts du 14 juillet 1871 (D. P. 2.758) a tenu compte des circonstances pour réduire les engagements, dédit stipulé au cas de renvoi, à payer pour congé par suite de la baisse des affaires consécutive à la guerre (pas de force majeure). Mais le chiffre des appointements dus aux employés est réduit en égard à l'inaction relative dans laquelle ils se sont trouvés, résultat de la diminution des affaires.

2. 7 août 1890, Cass. S. 91. 1. 238.

3. 16 juin 1900, Cass. S. 1901. 1. 46.

par suite exclusion des risques illimités, indemnité au cas de survenue d'événements normalement imprévisibles.

C'est pour tenir compte des nécessités de l'intérêt général que le Conseil d'Etat interprète largement le caractère d'événements de force majeure ou de cas fortuit.

§ 3. — **La force majeure et la guerre.** — Parmi les événements extraordinaires susceptibles d'entraîner la force majeure, la guerre apparaît au premier plan. D'après une doctrine et une jurisprudence constantes la guerre n'est pas constitutive en elle-même de la force majeure, mais peut l'amener dans telle hypothèse particulière (1).

En vertu des principes généraux, elle ne dispensera donc pas de l'exécution si elle la rend plus difficile (2), la suspendra si l'empêchement est momentané, l'annulera si l'impossibilité est irrévocable.

Mais, même dans cette dernière hypothèse, elle ne libère pas le débiteur si elle a dû entrer dans les prévisions des parties, car alors le débiteur a pris implicitement à sa charge la force majeure : par exemple, si à l'époque de la signature du contrat la guerre paraissait menaçante, ou bien s'il s'agit de pays où la guerre est une institution quasi permanente (3).

1. Voir entre autres : Cass. req., 7 mai 1872, D. P., 72. 1. 456 ; Civ. 19 août 1874, D. P. 76.5. 257.

2. Trib. com., Seine, 7 déc. 1870 D. P. 70. 3. 116 ; trib. com. Rouen, 27 mars 1871, D. P. 71. 3. 54. Cass. civile, 19 nov. 73 D. P. 74. 1. 200 ; Rouen, 19 mai 1871, D. P. 71. 2. 179. Condamnation alors à des dommages-intérêts pour inexécution ou retard.

3. Cela a été jugé pour le Salvador et le Nicaragua (Trib. com., Seine, 10 oct. 1894, *Journal de Droit intern. privé*, 1895, p. 108).

Si le fait de guerre invoqué a été précédé d'une faute du débiteur — c'est au créancier à le prouver —, la force majeure n'est point exonératrice, parce que l'inaccomplissement de l'obligation dérive non de la force majeure mais de la faute.

Cependant de l'article 1773 du Code civil qui permet au débiteur de prendre à sa charge la perte des récoltes résultant de la guerre, ressort que celui-ci peut prendre à sa charge la force majeure provenant de la guerre, comme toute autre force majeure normale (telle que gelée, orage).

D'ailleurs le juge du fond apprécie souverainement si les hostilités ont amené l'impossibilité momentanée ou définitive.

L'application la plus fréquentes'est rencontrée dans les ventes de marchandises et les marchés de fournitures. Ainsi la guerre a rendu difficile ou onéreuse la fabrication : usines arrêtées ou détruites ; matières premières plus coûteuses par suite du fret, par suite de nouveaux droits de douane, de la lenteur des transports, de la raréfaction de la main-d'œuvre, etc.

Même si les difficultés sont très graves l'obligation, déclare la jurisprudence civile, subsiste entière, et le vendeur ne peut exiger un supplément de prix sous prétexte que le prix avait été fixé pour le temps de paix, ni demander la résiliation (1) ; s'il ne livre pas, condamnation à dommages-intérêts, sans préjudice d'une éventuelle résiliation (2). Idem, s'il suspend sa fabrication sous prétexte de bénéfices

1. Paris, 30 janvier 1873. (*Bulletin des arrêts de Paris*, 1873, p. 158).

2. Lyon, 4 janvier 1872, S. 2. 38. Cf. BAUDRY et BARDE, *Oblig.*, 3^e éd.,

t. I, n° 458.

insuffisants (1), ou de circulation irrégulière des matières premières (2).

De son côté le Conseil d'Etat a souvent statué sur des marchés de fournitures conclus en temps de paix; il décide que en cas de difficultés graves le vendeur a droit à un supplément de prix pour les fournitures faites pendant la guerre, excepté si lors de la passation du contrat les hostilités étaient prévisibles : 2 février 1846 (3) : « cons. qu'il résulte des clauses du marché que le sieur Mantout s'est engagé à faire, dans les provinces d'Alger et d'Oran, l'approvisionnement de la viande fraîche aux troupes sans distinction entre le temps de paix et le temps de guerre, et que la circonstance de la reprise des hostilités n'a pu modifier les engagements qu'il avait contractés et changer les conditions de ses marchés ».

Dans une affaire Klein du 13 mars 1850 (4) : « cons. en ce qui touche les réparations ordonnées à la revue du 1^{er} septembre 1859, que des termes de l'article 9 du marché passé entre le sieur Klein et l'administration de la Guerre pour l'entretien du harnachement du 2^e régiment de cuirassiers de la garde impériale, il résulte que ce marché n'est

1. Cass. req., 19 nov. 1872, S. 72. 1. 434.

2. Trib. com., Rouen, 27 janvier 1871, D. P. 71. 3. 54. De même, des entrepreneurs de transports ne pourraient pas non plus s'exonérer de la responsabilité des avaries souffertes par une marchandise, alors qu'ils connaissent, au moment du contrat, les circonstances (suspension des transports sur les chemins de fer) qui rendaient très difficile ou même impossible la bonne exécution de leur engagement. Req. 26 janvier 1874, D. P. 75. 1. 177.

3. Leb., p. 60

4. Leb., p. 334 : Mais le Cons. d'Etat a affirmé, à maintes reprises, comme la Cour de cass., que l'état de guerre ne résilie pas les marchés de plein droit (affaire Contour, service des prisons, 22 mai 1874, Leb. p. 478).

« applicable qu'en temps de paix et non en temps de guerre. » En conséquence, il sera tenu compte au réclamant de certaines fournitures nécessitées par les détériorations survenues pendant la campagne d'Italie, et qui ne rentraient pas dans les prévisions du contrat.

— Mais l'impossibilité absolue de fabriquer ou de livrer, constitue-t-elle une force majeure ? Non, si d'après l'esprit de la convention les matières premières ou les marchandises doivent provenir d'une source quelconque, car il sera possible de se les procurer ailleurs, à des conditions si onéreuses soient-elles. Au contraire, si le fabricant a promis de livrer des produits *déterminés* de son usine ou de tel endroit spécifié, l'empêchement de fabriquer entraînera la force majeure alors même qu'il serait facile de livrer des produits d'autres localités (empêchement dû, par exemple, à l'interruption des communications par mer ou par terre à cause d'une guerre dans le pays d'origine indiqué) — à moins que le marché n'ait été signé depuis la guerre : dans ce cas, les difficultés étaient prévisibles. En ce sens Cons. d'Etat, 8 février 1864, affaire Le Pontois-Varenne, fournisseurs de térébenthine au cours de la guerre de Sécession (1) : il n'était pas stipulé que les essences qu'ils s'étaient engagés à fournir seraient « exclusivement de provenance américaine ». Rejet également dans un marché analogue de térébenthine (20 août 1864) (2) et pour les mêmes motifs : ayant connu le fait des hostilités au moment du contrat, les sieurs

1. Leb. p. 104 : ils demandaient la résiliation pure et simple. — Voir encore 26 déc. 1856, BADENCO, Leb., p. 728, précité.

2. Leb. p. 819.

Michel sont supposés en avoir pris les aléas à leur charge, implicitement.

Ainsi donc, par les observations précédentes (1) on constate que la jurisprudence administrative, tout comme la jurisprudence civile, a eu à statuer, à maintes reprises, sur l'impossibilité ou la difficulté d'exécution des contrats par suite de l'état de guerre.

1. Ce qui vient d'être dit de la guerre étrangère peut d'ailleurs être étendu à tous les faits de révolution, d'émeute ou de guerre civile: Révolution de 1830 considérée comme cas de force majeure (C. d'Etat, 28 mai 1818, sol. simpl); id. celle de 1848 (Civ. 8 janvier 1855, D. P. 1855, 1. 9); id. les violences commises dans l'insurrection de la Commune de Paris de 1871 (C. d'Etat, 4 février 1887, DP. 88, p. 369).

CHAPITRE IV

L'ARRÊT DU CONSEIL D'ÉTAT DU 30 MARS 1916

§ 1. — Caractère de la guerre actuelle. — Arrive la guerre actuelle. L'homme, malgré tout le vernis qu'il acquiert, reste au fond de lui-même un sauvage, une brute, dont l'instinct de destruction ne demande qu'une bien légère excitation.

Cependant, si le fléau de la guerre ne pouvait être, raisonnablement, écarté, du moins pouvait-on estimer que les peuples modernes s'entendraient, en toute loyauté, pour en circonscrire les horreurs. On espérait que les notions de justice et d'équité introduites dans les relations des individus et des sociétés par les lumières de plusieurs siècles résisteraient à la tourmente. Le pacifique labeur de l'humanité, en travail d'amélioration, empêchait de voir les armées qui, *là-bas*, s'équipaient silencieusement pour la ruée. Et quelle ruée ! Les Barbares, affolés d'orgueil et d'ambition, ont déchaîné la mort sur le monde, multiplié les misères, les ruines et les deuils, accumulé les crimes contre la propriété privée, contre les édifices publics, contre l'honneur et la liberté des personnes ; ont assassiné femmes, vieillards, enfants ;

traité de chiffons de papier les plus solennels engagements — joignant ainsi à la brutalité du cynisme le raffinement de l'hypocrisie. Scènes de désolation et de carnage que l'humanité civilisée ne pouvait plus prévoir ; des ennemis passés maîtres dans l'art détestable de propager le mal et de multiplier la mort, surpassant la férocité des anciens âges, retournant les progrès de la science contre le progrès lui-même ; tous les peuples civilisés, les uns après les autres, entraînés dans le conflit ; jusqu'au nouveau monde accourant se jeter dans la fournaise où brûle la vieille Europe, et où les Etats neutres n'apparaissent plus que comme des îlots chaque jour rétrécis, secoués eux aussi au gré des événements ; — Comment croire à une guerre aussi abominable dans sa conduite, aussi longue dans sa durée, aussi formidable par son intensité et son immensité dans l'espace (1) ? Non, la guerre actuelle n'est pas une guerre ordinaire, c'est un *cataclysmes mondial* sans précédents dans l'histoire, qui remue dans leurs fondations les plus profondes tous les peuples qui y prennent part ; dès lors comment s'étonner que ses répercussions infinies ébranlent leur armature intérieure ? sans aucun doute il faut assurer, même dans pareilles circonstances, le fonctionnement, sous tous ses aspects, de la vie nationale ; pour cela maintenir les institutions déjà existantes, mais seulement dans la mesure du possible : se refuser à améliorer ces institutions, à les

1. M. Ribot, Président du Conseil, disait, le 22 mai 1917, à la tribune de la Chambre, que toutes nos souffrances « c'est le prix de ces effroyables guerres qui engagent toutes les forces vives d'une nation et qui durent un temps si long que personne n'avait prévu. »

Aurait-on jamais songé que des nations entières s'assiègeraient les unes les autres ?

modifier pour les mettre en harmonie avec les nécessités de l'heure, serait méconnaître la loi impérieuse du progrès, méconnaître l'esprit si souvent réclamé : l'esprit de guerre ! A situation exceptionnelles, mesures exceptionnelles.

Qui voudrait soutenir que la question si délicate et si complexe des loyers devrait être résolue par l'application stricte du droit commun ? Qui donc demanderait pour la réparation des dommages de guerre la pratique de la théorie de l'indemnité restreinte adoptée en 1870, aujourd'hui battue en brèche par une doctrine unanime (1) ?

Qui n'a constaté le développement extraordinaire des réquisitions militaires, « actes de puissance publique, dépendant de la seule volonté de l'Etat agissant pour cause de nécessité publique, n'ayant le caractère... d'aucun contrat de droit commun » ? (2).

Qui n'a remarqué l'importance prise par la juridiction des référés (à laquelle le Code de procédure ne consacrait que six articles, 806 à 811), devenue la juridiction ordinaire du temps de guerre, brève, expéditive, singulièrement différente de la justice du temps de paix ?... (3)

1. L'égalité, la fraternité ne sont pas des formules philosophiques abstraites et vides, mais des principes juridiques certains, dont les applications juridiques sont le service militaire obligatoire et personnel, ensuite la participation de tous aux sacrifices qu'entraîne la guerre. — V. Jazez, *Réparation intégrale des dommages de guerre*, 1915.

2. C. de Cass. civile, 6 mars 1917. Ministre de la Guerre contre Erischen, Rothe et C^{ie}, sur pourvoi contre arrêt de la Cour de Rennes du 18 janvier 1916. — Arrêt de principe sur la fixation de l'indemnité. Concl. de M. Sarrut.

3. Le Président, assisté d'un greffier, écoute, pose des questions brèves, examine le document présenté. Puis, en quelques mots, précise le litige, dit le droit, l'impose aux plaideurs. Le greffier a pris quelques notes ; l'ordonnance est rendue ; chacun a compris et se retire. Une autre affaire est

Comment dès lors ne pas examiner en toute indépendance, en toute équité, le bouleversement produit dans l'économie des conventions, en particulier des conventions administratives ?

§ 2. — Marchés de fournitures, circulaire du ministre de la Marine du 24 novembre 1914. — Une circulaire du ministre de la Marine, en date du 24 novembre 1914 (*J. O.* du 27 nov., p. 8887), relative aux marchés de fournitures, adopte les solutions des arrêts Mantour, Klein et Contour précités ; semble toutefois considérer que l'administration est libre d'accorder ou de refuser une indemnité, par conséquent de rester ou non dans le droit commun.

Cette circulaire fut rédigée à la suite d'une consultation de la Commission centrale des marchés. Entre autres dispositions, elle stipule la faculté pour les titulaires de contrats conclus avant la mobilisation de solliciter : soit des délais supplémentaires de livraison, par application de l'article 44 des conditions générales de la Marine du 18 juin 1910, soit même une indemnité à débattre, à moins qu'il n'ait été spécifié d'avance que le marché serait exécutoire en temps de guerre. Dans le second cas, si l'accord a été réalisé avec le fournisseur, l'indemnité devra de préférence faire l'objet d'un acte additionnel,

appelée. Pas d'incident d'audience, pas de protestations ; ces décisions rendues sont rarement frappées d'appel, et leur exécution intervient dans le plus court délai. — Quelle différence avec la justice du « temps de paix », celle des trois juges siégeant au civil, exigeant une longue attente au seuil du prétoire, des frais élevés, des formalités compliquées, des plaidoiries souvent longues, l'observation de délais dont le cours est suspendu et dont la reprise normale doit être assurée ! V. les *Reférés de guerre*, par A. Renou, dans le *Parlement et l'Opinion*, juin 1917.

modifiant les prix du contrat. Les livraisons seront alors fixées par cet acte.

Si le marché a été conclu pour une longue durée et pour la fourniture d'objets et matières sujets à fluctuations importantes et non appréciables d'avance, la décision accordant l'indemnité pourra n'être prise « qu'à l'expiration du contrat ou à la fin de la guerre » ; dans cette hypothèse le ministre pourra autoriser le paiement d'un acompte, « à titre tout à fait exceptionnel et pourvu que cette mesure apparaisse « comme une condition *sine qua non* de la continuation des opérations commerciales ou industrielles « du fournisseur ». En effet, le marché devra être ponctuellement exécuté sans attendre la décision à intervenir, et ce sous la sanction des pénalités (1) que les nécessités impérieuses du temps de guerre commandent d'appliquer strictement.

Enfin, l'élévation subite de certains cours, depuis le début de la mobilisation, ne constitue un argument en faveur de la concession d'une indemnité « qu'autant qu'il aura été impossible aux fournisseurs d'effectuer leurs livraisons au moyen de « marchandises ou de matières premières existant « en stocks dans leurs établissements lors de la « déclaration de guerre, ou obtenues par eux au « moyen des marchés passés antérieurement à la « mobilisation ».

Cette dernière réserve n'est que la consécration, en 1914, des observations formulées dans le précédent chapitre.

Une circulaire complémentaire du 11 mai 1915 venait préciser les points suivants :

1. Art. 70 et suivants et annexe n° 1 des conditions générales.

« Si pour certains marchés de longue durée les
« fournisseurs étaient astreints à attendre l'expira-
« tion du contrat pour déposer leur demande de relè-
« vement de prix en même temps que l'ensemble de
« leurs justifications, il en résulterait, dans bien des
« cas, une grande complexité pour certaines vérifica-
« tions qui auraient pu être effectuées facilement par
« l'administration en leur temps. D'autre part, si le
« délai maximum de huit jours dans lequel les four-
« nisseurs doivent obligatoirement aviser l'adminis-
« tration des événements de force majeure qui ont pu
« retarder l'exécution de leurs engagements (art. 44
« des conditions générales du 18 juin 1910, circulaire
« du 2 février 1913, *B. O.* p. 149) convient parfaite-
« ment lorsqu'il s'agit d'événements bien caractérisés,
« il est difficile d'imposer un délai impératif aussi
« réduit pour la présentation de justifications qui
« résulteront parfois de circonstances mal définies ou
« dont la répercussion n'aura pas été prévue dès le
« premier moment.

« En conséquence...

« Lorsque, au cours de l'exécution de sa fourni-
« ture, le titulaire d'un traité conclu avant l'ouverture
« des hostilités prévoira un retard ayant pour cause
« l'état de guerre, il en avisera dans le moindre délai
« possible le chef du service intéressé ou l'officier
« chargé de la surveillance. Il fera connaître l'import-
« tance présumée du retard en même temps qu'il pro-
« duira toutes justifications utiles. L'affaire suivra
« son cours dans les conditions prévues à l'article 44
« des conditions générales précitées.

« De même, lorsqu'il se trouvera en présence
« d'une élévation de prix non prévue par lui au

« moment de sa soumission et de nature à motiver à
« ses yeux un relèvement de ces prix par la Marine,
« il devra dans son propre intérêt et pour faciliter les
« enquêtes à effectuer par le Département signaler
« cette élévation dans le plus court délai possible,
« après les faits qui auront motivé ces demandes, au
« chef du service qui a passé le marché ou à l'officier
« chargé du service de la surveillance des travaux con-
« fiés à l'industrie suivant le cas. Sa réclamation sera
« accompagnée de toutes les justifications permettant
« au service intéressé d'en vérifier le bien fondé. » (1)

§ 3. — La hausse imprévue du charbon et les concessionnaires gaziers. — En ce qui concerne les concessions, les répercussions de la guerre ont atteint profondément les Compagnies concessionnaires d'éclairage par suite de l'augmentation formidable du prix du charbon, matière unique pour la production du gaz d'éclairage et principale pour la production de la lumière électrique.

1. La Commission plénière des marchés dans son avis en date du 2 octobre 1914 rappelait que, à défaut de l'impossibilité absolue de tenir les engagements du fait des événements de la guerre, le contrat subsiste, « mais il est bien évident qu'alors l'équité exigera qu'il soit tenu compte, éventuellement, au fournisseur des difficultés pécuniaires ou autres que la mobilisation lui occasionnera pour l'exécution de ses livraisons... *Tout est donc question d'espèce et chaque cas doit être examiné séparément.* »

La Commission plénière se référerait, à cet égard, aux termes de deux dépêches ministérielles du 15 sept. 1914, qui spécifiaient :

« Il ne paraît pas possible de fixer, sur ces divers points, une règle générale... ; les cas particuliers doivent être solutionnés individuellement avec le juste souci de sauvegarder les intérêts de l'Etat dans la mesure du possible, sans cependant imposer au fournisseur des conditions irréalisables... »

Etant donnée la multiplicité des affaires il n'y a pas de statistique sur le nombre d'avenants conclus, de retards autorisés, etc. On peut dire cependant que l'Administration de la Marine ne s'est pas refusée aux transactions.

Les cahiers des charges fixent le prix du gaz d'une manière très variable : parfois d'après un barème déterminé suivant les fluctuations du cours du charbon, ou bien suivant l'accroissement ou la diminution de la consommation, échelle mobile avec un maximum et un minimum. D'autres fois le contrat autorise la révision du prix du gaz à l'expiration d'une certaine période de fonctionnement de la concession. Le plus souvent, le cahier fixe le prix à un chiffre invariable, déterminé une fois pour toutes, sans prévoir la possibilité d'un relèvement au cours de la concession.

Quel que soit le procédé, ce prix est nécessairement établi d'après le coût moyen normal du charbon, matière première unique, rendu à pied d'œuvre. Sans doute des fluctuations peuvent se produire dans le cours de cette matière première pendant la durée, plus ou moins longue, de la concession. Les parties ont dû prévoir ces fluctuations ; l'expérience des cinquante dernières années prouvait une amplitude d'oscillations très faible : à Paris par exemple, le prix du charbon avait tendance à se fixer entre 20 et 22 francs la tonne : moyenne annuelle 22 fr. 230, 21 fr. 983, 20 fr. 875, 20 fr. 876 et 21 fr. 81, selon que l'on envisage les cinquante, quarante, vingt et dix dernières années, 1913 compris.

Cours le plus élevé : 28 fr. 40 en 1874, en raison des répercussions de la guerre de 1870.

Telle était la limite des prévisions les plus pessimistes qui s'offraient à l'esprit des contractants.

Or, le bouleversement économique, conséquence des événements actuels, a détruit ces prévisions. Le prix du charbon subit une hausse déconcertante,

effarante : il s'élève *en mars 1915* à 44 fr. 77, à Paris, puis à 57 francs la tonne ; *en décembre 1915*, à 73 fr. A la Chambre des députés M. de Wendel, dans la séance du 23 décembre 1915, évaluait le cours moyen des charbons anglais au port en France à 70 francs la tonne. Et à la séance du 28 décembre M. Roden, président de la Commission des Mines, l'évaluait à 80 francs. Dans les premiers jours de mars 1916 on atteignait le chiffre de 117. Telle était la situation à la fin de l'année 1915 et au début de l'année 1916 (1).

Donc hausse considérable, due à bien des causes qui ont également échappé à toute prévision : réduction des centres producteurs (envahissement de la Belgique et des bassins houillers du Nord) ; engagement de l'Angleterre de fournir du charbon non pas seulement à la France, mais aussi à l'Italie, à l'Espagne, à la Grèce... augmentation formidable de la consommation (usines de guerre, flottes alliées). D'autre part, hausse sensible du prix de la main-d'œuvre et raréfaction de cette main-d'œuvre (indemnités de vie chère, mobilisation des mineurs au front par une erreur que l'on commence aujourd'hui à réparer) ; coût excessif et risques croissants des transports (surestaries ; prix du fret, qui arrive à dépasser celui de la matière première elle-même. — charbon — par suite de la guerre sous-marine et des réquisitions de navires pour les opérations militaires, Dardanelles, Salonique, etc.).

Les concessions, dont le propre est de rétribuer l'établissement d'un service par l'attribution temporaire des bénéfices de son exploitation, constituent,

1. Elle ne s'est point améliorée depuis ! — V. les circulaires du Comité central des houillères de France.

ainsi qu'il a été dit précédemment, des contrats nécessairement aléatoires. Aussi, que les Compagnies gazières soient en déficit, nul — à part les actionnaires —, ne saurait s'en émouvoir. Mais la perte qu'elles subissent est tellement exorbitante, excède dans une proportion tellement anormale les risques les plus extrêmes qu'elles pouvaient envisager et redouter ; elle est tellement inquiétante par l'impossibilité où l'on est d'en apercevoir le terme par un retour aux cours normaux, que l'on s'est demandé s'il n'y avait pas lieu de la considérer comme extra-contractuelle.

Les Compagnies se sont adressées aux municipalités concédantes, les ont sollicitées de prendre leur part de l'énorme surcharge soit par le relèvement temporaire des tarifs de l'éclairage public ou privé, soit par une indemnisation sous une forme quelconque. Assez ordinairement des transactions sur ces bases sont intervenues. Ainsi, l'assemblée plénière du syndicat des communes de la banlieue de Paris a consenti le 27 septembre 1915 à la société d'éclairage, chauffage et force motrice un relèvement du prix du gaz par un *avenant*, approuvé par les préfets de la Seine et de Seine-et-Oise. Cet *avenant* est précédé d'un intéressant exposé des motifs : « à raison
« de la situation faite à la Société d'éclairage par la
« hausse extraordinaire du prix du charbon, résultant
« tant de la guerre et en vue tout à la fois d'assurer
« pendant la période de crise le maintien du fonctionnement du service dont elle est chargée, et de
« préserver l'avenir du régime actuel du gaz dans la
« banlieue, il est apporté au traité passé des modifications purement temporaires. »

Dans de nombreux cas pourtant, l'accord n'a pas été obtenu. Les Compagnies ont pris alors le parti de porter devant la juridiction administrative l'interprétation des contrats de concession, et de demander le partage du préjudice exceptionnel par elles rencontré dans leur exploitation, partage non pas comme un acte de pure bienveillance mais comme la reconnaissance d'un droit.

La jurisprudence des conseils de préfecture fut divisée. Les conseils de préfecture d'Eure-et-Loir (1), de la Seine-Inférieure (2) et de la Drôme se prononcèrent en faveur des compagnies. Au contraire ceux de la Gironde, de la Haute-Vienne, des Deux-Sèvres, de l'Orne, de Maine-et-Loire, de Seine-et-Marne, de la Côte-d'Or, du Var et du Loiret rejetèrent leurs prétentions.

En particulier, la Compagnie générale de l'éclairage de Bordeaux demandait le 23 avril 1915, au conseil de préfecture de la Gironde, de « dire et juger » qu'elle était en droit de se faire indemniser par la « Ville de la surcharge imprévue qui résultera pour elle des événements actuels, la Ville pouvant, à son choix, fournir cette indemnité soit au moyen du versement d'une somme égale du montant de cette surcharge, soit au moyen du relèvement du prix du gaz consommé... »

Elle était déboutée par un arrêté du 30 juillet 1915 :

« Considérant que, dans ses conclusions, ainsi que dans les motifs développés à son mémoire introductif d'instance, la *Compagnie n'a jamais entendu*

1. 14 janvier 1916. *Gaz. des Trib.*, 8 mars 1916.

2. 10 novembre 1915. *Gaz. des Trib.* Alla jusqu'à déterminer lui-même la quotité dont serait relevé le prix du gaz !

« *conclure à la résiliation du contrat de concession ;*
« *qu'elle s'est bornée à solliciter de la justice la*
« *modification de certaines conditions imposées par*
« *lui...* Cons. que l'article 1134 du Code civil spécifie
« que la convention tient lieu de loi aux parties, et
« que les conventions ne peuvent être modifiées sans
« le consentement mutuel des parties... Cons. qu'au-
« cune clause de révocation par l'effet de la loi n'existe
« dans l'espèce ; que *la guerre ne constitue pas un*
« *cas de force majeure ; qu'il n'est pas invoqué, au*
« *surplus, par la Compagnie...* Cons. que l'état des
« principes généraux, comme de l'application qui en
« a été faite par la jurisprudence administrative,
« amène à conclure que, dans le litige actuel, il n'y
« a pas lieu de prononcer la résiliation, [que, ainsi
« qu'il a été dit, elle n'a pas été demandée par la
« Compagnie intéressée, que le cas de guerre, au
« surplus, ne la justifierait pas,] ou de fixer un prix
« nouveau... Cons. que, si le juge peut déclarer rési-
« liée ou nulle la convention intervenue entre les
« parties, il ne peut légalement ni créer un contrat
« nouveau, *ni modifier un contrat existant*, en dehors
« du consentement mutuel des parties ou contre le
« consentement de l'une d'elles ; que l'on compren-
« drait mal que, son droit ainsi limité, le juge puisse
« toucher, sans ce même consentement, aux condi-
« tions qu'il a édictées ; qu'elles sont l'essence même
« du contrat, qu'elles forment un tout qui doit suivre
« le sort du contrat lui-même... »

§ 4. — L'arrêt du Conseil d'État du 30 mars 1916 (Compagnie du gaz contre ville de Bordeaux). — La Compagnie se pourvut en appel devant

le Conseil d'État, auquel il appartient dès lors de statuer souverainement. A l'appui de la requête, le Syndicat professionnel de l'industrie du gaz produisit une consultation de MM. Boivin-Champeaux et Hannotin, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ; Mornard, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ; Larnaude, professeur de droit public général à l'Université de Paris, doyen de la Faculté de Droit.

Devant la haute juridiction, plaidoiries de M^e Boivin-Champeaux et M^e Talamon, rapport de M. Berget maître des requêtes, conclusions de M. Chardenet commissaire du gouvernement, maître des requêtes.

Le traité de la Compagnie de Bordeaux lui donnait la concession de l'éclairage pour trente ans, à partir de 1904. Il fixait le prix du gaz à 8 centimes pour l'éclairage public, à 17 centimes pour l'éclairage domestique et à 16 centimes pour les usages industriels.

Il faut remarquer que le cahier des charges contient un article 31, qui porte que les prix ont été fixés « eu égard aux conditions actuelles de consommation » et du coût du charbon, lesquelles correspondent à « une consommation de 23 millions de mètres cubes » et à un coût fixé de 23 francs la tonne de charbon « rendue à l'usine, tous frais payés ». Cet article ajoute que les prix doivent varier suivant une double échelle descendante et ascendante, de telle sorte que chaque diminution ou augmentation de 1 franc sur le coût de la tonne de charbon corresponde à une diminution ou à une augmentation de 0,002 sur le tarif du mètre cube.

Cependant, la majoration du prix du gaz ne devait jamais, à la suite de ces variations, dépasser

8 centimes pour l'éclairage public, 18 centimes pour l'éclairage domestique et 17 centimes pour les usages industriels.

Mais la Compagnie, rappelant le caractère et la durée de la guerre, allégua l'imprévision, exposa qu'on se trouvait en dehors du contrat, dont toutes les stipulations, étaient, suivant elle, faussées; et conclut à un relèvement de prix de 0 cent. 375 par mètre cube de gaz pour chaque franc d'excédent du prix de la tonne de charbon, rendu à pied d'œuvre, au-dessus du cours de 28 francs. Elle conclut, en outre, à ce que la ville de Bordeaux fût condamnée à lui payer, pour la période prenant fin le 30 juin 1915, la somme de 1.039.000 francs, ainsi qu'une somme de 1.700.000 francs pour la période de juin à décembre 1915 (1).

Dans les observations qu'il présenta devant la haute Assemblée M^e Boivin-Champeaux fit remarquer qu'une solution rejetant les demandes des Compagnies amènerait leur ruine et celle de tous les petits épargnants qui ont placé un milliard et demi de francs dans les valeurs gazières, considérées comme de tout repos. Il énuméra les entreprises qui avaient ou allaient cesser leur exploitation et acculer ainsi les villes à prendre le gaz en régie, ce qui aurait pour conséquence, ou bien un déficit profond des finances municipales déjà touchées par la guerre, ou bien, tôt ou tard, un relèvement inévitable des tarifs. Il ajouta d'ailleurs que près de 300 communes avaient consenti des relèvements amiables, et cita l'avenant signé, de plein gré, dans la banlieue

1. A noter que la Compagnie n'est pas propriétaire de l'usine à gaz; elle n'en a même pas établi la canalisation.

parisienne par le syndicat des communes suburbaines avec sa Compagnie d'éclairage (1).

M^e Talamon, au contraire, au nom de la ville de Bordeaux demanda le rejet des conclusions de la Compagnie, faisant remarquer qu'un contrat ne peut être modifié que dans les formes où il a été passé. Une concession a pour but de soustraire la municipalité aux aléas d'une exploitation directe, et on ne peut en altérer les conditions le jour où son fonctionnement devient onéreux pour le concessionnaire. Si la Compagnie n'a point, en traitant en 1904, prévu une guerre avec ses conséquences, elle est en faute, car, si elle ne pouvait envisager d'avance tout ce qui est arrivé, du moins lui était-il possible de prévoir quelle serait la gravité exceptionnelle des hostilités.

Mais le commissaire du gouvernement, M. Charde-net, dont les conclusions constituent un exposé clair et complet des principes de la matière, ne se prononça pas en faveur de la thèse rigide soutenue par la Ville. Il fit remarquer qu'il est impossible, pour qu'un marché soit exécuté de bonne foi, de ne pas tenir compte de faits exceptionnels et de circonstances qu'on ne pouvait prévoir au moment de sa signature. Et pour qu'il en soit tenu compte, il n'est d'ailleurs pas nécessaire que les faits soient imputables à l'administration, car ici il n'est pas question de faute. C'est la jurisprudence constante, appliquée depuis un temps immémorial par le Conseil d'Etat, aux marchés de fournitures et de travaux publics, et que l'on a appelée « théorie de l'imprévision ».

Aujourd'hui, on se trouve en présence d'une con-

1. Ci-dessus rejeté.

cession (dont le commissaire du gouvernement analyse la nature si délicate) ; il est de l'intérêt général que la concession d'un grand service public, comme celui de l'éclairage, puisse être exécutée. Il faut que le service public soit assuré, et, d'autre part, tant que le concessionnaire n'a pas commis de manquement grave, il faut qu'il continue à exploiter. Si, en effet, il cessait l'exploitation, c'est à la puissance publique qu'incomberait le devoir de l'assurer ; conséquence : la municipalité concédante serait conduite à assumer tous les aléas du marché, alors que c'est précisément pour éviter cette éventualité qu'elle a délégué le service au lieu de le prendre en régie.

Dès lors, il appartient aux parties contractantes de pourvoir aux difficultés exceptionnelles et imprévues par un accord provisoire et momentané, dont le but est non d'enrichir la Compagnie mais de la mettre en état de pourvoir au service public, sans que chacune des parties supporte seule les conséquences des faits actuels.

Certes, le contrat de concession règle d'une façon définitive les obligations des parties jusqu'à son expiration. La variation des prix des matières premières, à raison de circonstances économiques, constitue un aléa favorable ou défavorable aux intérêts particuliers du concessionnaire, et qui est à ses risques et périls.

Mais en l'espèce, la hausse du charbon, par suite de circonstances qui sont la conséquence d'une guerre formidable et sans précédents, atteint une proportion telle qu'elle a, certainement, un caractère exceptionnel, et entraîne, dans le coût de la

fabrication du gaz, une augmentation dépassant tout les calculs et les prévisions les plus extrêmes.

En présence d'un pareil bouleversement dans l'économie du contrat, la Compagnie est fondée à soutenir qu'elle ne saurait être tenue d'assurer, aux seules conditions stipulées à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la crise anormale.

Bien entendu, ajouta M. Chardenet, la Compagnie du gaz n'est pas fondée à prétendre qu'elle doit être exemptée de supporter aucune augmentation du prix de revient du charbon au delà de 28 francs la tonne, prix maximum auquel correspondaient les éventualités prévues par l'article 3^r du cahier des charges. Mais, d'autre part, il serait excessif de soutenir qu'on se trouve en présence d'un aléa ordinaire.

Il importe donc de rechercher une solution provisoire, qui n'impose à la Compagnie, pendant cette période transitoire, que la part des conséquences que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge.

En conséquence, il conclut au renvoi des parties devant le conseil de préfecture, pour être procédé — si elles ne s'entendent point amialement sur les conditions spéciales auxquelles la Compagnie pourrait continuer son service — à la fixation du quantum de l'indemnité à laquelle, en principe, le concessionnaire a droit, à raison des circonstances extra-contractuelles, dans lesquelles il a dû assurer le service d'éclairage.

En terminant, le commissaire du gouvernement déclara qu'il avait la profonde conviction que cette solution serait conforme aux principes généraux de

notre droit, à la jurisprudence du Conseil d'Etat, à une saine interprétation des contrats, et que seule elle permettrait d'assurer, ainsi que l'exige l'intérêt général, le fonctionnement du service public.

C'est avant tout à une entente amiable que M. Chardenot conviait les parties ; ce n'est qu'à défaut de cette entente que l'indemnité, à laquelle a droit la Compagnie, lui sera allouée par le juge.

Conformément à ces conclusions, le conseil d'Etat rendit, le 30 mars 1916, l'arrêt suivant : (1)

«... Sur les fins de non-recevoir opposées par la
« ville de Bordeaux : considérant que les conclu-
« sions de la Compagnie requérante tendaient
« devant le Conseil de préfecture, comme elles
« tendent devant le Conseil d'Etat, à faire condam-
« ner la ville de Bordeaux à supporter l'aggravation
« de charges résultant de la hausse du charbon ; que,
« dès lors, s'agissant d'une *difficulté relative à l'exé-*
« *cution du contrat*, c'est à bon droit que, par appli-
« cation de la loi du 28 pluviôse an VIII, la Compa-
« gnie requérante a porté ses conclusions en pre-
« mière instance devant le conseil de préfecture et
« en appel devant le Conseil d'Etat ; au fond : Consi-
« dérant *qu'en principe, le contrat de concession ré-*
« *gle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration,*
« *les obligations respectives du concessionnaire et du*
« *concedant* ; que le concessionnaire est tenu d'exé-
« cuter le service prévu dans les conditions précisées
« au traité, et se trouve rémunéré par la perception
« sur les usagers des taxes qui y sont stipulées ; que

1. V. *Gazette des tribunaux*, 20 avril 1916. *Rev. gén. d'adm.*, nov.-déc. 1916 avec conclusions de M. Chardenot.

« la variation des prix des matières premières, à
« raison des circonstances économiques, constitue un
« aléa du marché, qui peut, suivant le cas, être favo-
« rable au concessionnaire et demeure à ses risques
« et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu
« compte de cet aléa dans les calculs et prévisions
« qu'elle a faits avant de s'engager ;

« Mais considérant que, par suite de l'occupation
« par l'ennemi de la plus grande partie des régions
« productrices de charbon dans l'Europe continen-
« tale, de la difficulté de plus en plus considérable
« des transports par mer, à raison tant de la réqui-
« sition des navires que du caractère et de la durée
« de la guerre maritime, la hausse survenue, au
« cours de la guerre actuelle, dans le prix du char-
« bon, qui est la matière première de la fabrication
« du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle,
« que non seulement elle a un caractère exceptionnel,
« dans le sens habituellement donné à ce terme, mais
« qu'elle entraîne, dans le coût de la fabrication du
« gaz, une augmentation qui, dans une mesure dé-
« jouant tous les calculs, dépasse certainement les
« limites extrêmes des majorations ayant pu être
« envisagées par les parties lors de la passation du
« contrat de concession ; que, par suite du concours
« des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie
« du contrat se trouve absolument bouleversée ; que
« la Compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne
« peut être tenue d'assurer, aux seules conditions pré-
« vues à l'origine, le fonctionnement du service tant
« que durera la situation anormale ci-dessus rap-
« pelée ;

« Considérant qu'il résulte de ce qui précède, que

« si c'est à tort que la Compagnie prétend ne pou-
« voir être tenue de supporter aucune augmentation
« du prix du charbon au delà de 28 francs la tonne,
« ce chiffre ayant, d'après elle, été envisagé comme
« correspondant au prix maximum du gaz prévu au
« marché, il serait tout à fait excessif d'admettre
« qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier
« des charges, comme si l'on se trouvait en présence
« d'un aléa ordinaire de l'entreprise ; qu'il importe,
« au contraire, de rechercher, pour mettre fin à des
« difficultés temporaires, une solution qui tienne
« compte tout à la fois de l'intérêt général, — lequel
« exige la continuation du service par la Compagnie
« à l'aide de tous ses moyens de production, — et des
« conditions spéciales qui ne permettent pas au con-
« trat de recevoir son application normale ; qu'à cet
« effet, il convient de décider, d'une part, que la Com-
« pagnie est tenue d'assurer le service concédé, et,
« d'autre part, qu'elle doit supporter seulement, au
« cours de cette période transitoire, la part des con-
« séquences onéreuses de la situation de force majeure
« ci-dessus rappelée, que l'interprétation raisonnable
« du contrat permet de laisser à sa charge ; qu'il y a
« lieu, en conséquence, en annulant l'arrêté attaqué,
« de renvoyer les parties devant le Conseil de préfec-
« ture auquel il appartiendra, si elles ne parviennent
« pas à se mettre d'accord sur les conditions spécia-
« les dans lesquelles la Compagnie pourra continuer
« le service, de déterminer, en tenant compte de tous les
« faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle
« la Compagnie a droit à raison des circonstances
« extra-contractuelles dans lesquelles elle aura dû
« assurer le service pendant la période envisagée : »

Décide :

ARTICLE PREMIER. — L'arrêté susvisé du conseil de préfecture de la Gironde, en date du 30 juillet 1915, est annulé.

ART. 2. — La Compagnie générale, d'éclairage de Bordeaux et la ville de Bordeaux sont renvoyées devant le conseil de préfecture, pour être procédé, si elles ne s'entendent pas amiablement sur les conditions spéciales auxquelles la Compagnie continuera son service, à la fixation de l'indemnité à laquelle la Compagnie a droit à raison des circonstances extra-contractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service concédé.

ART. 3. — La ville de Bordeaux est condamnée à tous les dépens de première instance et d'appel.

Cet arrêt, considérable tant par l'importance de la matière qu'il embrasse, que par l'importance des conséquences qu'il entraîne, a passionné les esprits, suscité de nombreuses discussions. Dans la doctrine, seul M. Duguit a pris nettement position contre l'arrêt (1) : celui-ci a été approuvé sans réserves par M. Hauriou (2), et par M. de la Taste (3) ; avec plus ou moins de réserves, par M. Jèze (4) et M. Berthélemy (5).

Les critiques de M. Duguit et de M. Jèze paraissent

1. *Rev. polit. et parlem.*, numéro du 10 mai 1916, p. 264 ; « parce qu'il « est en contradiction violente avec certaines règles indiscutées et indiscutables qui sont la... sauvegarde indispensable du justiciable. »

2. Note au *Sirey*, 1916 : 3 : 17.

3. *Revue des concessions départementales et communales*, juillet à nov. 1916.

4. *R. D. P.*, numéro de juin 1916, p. 238 et suiv.

5. *Rev. polit. et parlem.*, numéro du 10 juillet 1917. *Communes et gaziers*, p. 23 et suiv. — V. encore : de Segogne, *Journal des Communes*, 31 mai 1916.

porter plus sur la procédure que sur le fond. Il n'est pas inutile d'envisager la question de procédure avant d'aborder le problème de savoir si la décision en elle-même est justifiable ou non.

§ 5. — **Examen critique de l'arrêt : la procédure.** — a) *La question préjudicielle de l'obligation indemnitaire de la Ville.* — Le juge administratif peut-il se borner à poser le principe de l'indemnité ? Non, dit le professeur Duguit. En réalité, la jurisprudence, aussi bien administrative que judiciaire, l'admet. En matière judiciaire les astreintes en sont une frappante application : décision de principe ; reconnaissant le bien fondé de la demande de l'un des plaideurs, renvoyant la décision définitive à plus tard si la partie perdante ne s'exécute pas. Si la légalité des astreintes a été mise en doute par certains juristes (1), nul ne conteste leur importance pratique et bienfaisante.

Or, dans l'affaire de Bordeaux il s'agit également de pratique importante et bienfaisante : les conclusions de la Compagnie, en appel devant le Conseil d'Etat, portaient, on s'en souvient, sur deux points : 1° Condamner la Ville à lui venir en aide pour assurer le maintien du service pendant toute la durée de la guerre : 2° réclamer une indemnité ferme, représentative du préjudice subi par suite de la hausse imprévue du charbon et rétroagissant depuis le jour du procès jusqu'au début des hostilités. Or, *la haute juridiction ne statue que sur le premier chef, savoir l'obligation ou la non-obligation de la Ville.* Pour-

1. COLIN et CAPITANT, *Droit civil*, p. 34 et suiv.

quoi ? *Parce que ce point était primordial, essentiel ; l'obligation une fois établie, la modalité est secondaire*, or, cette modalité ne pouvait être étudiée et précisée en détail dès le début du procès, puisque n'était pas réglée la question, en quelque sorte préjudicielle, de la contribution de la Ville, question qui tient en suspens le reste et domine tout le problème.

Le principe de l'indemnité posé, au lieu de charger des experts d'en liquider le quantum à grands frais et à grande lenteur, n'est il pas plus sage, dans l'intérêt bien compris des plaideurs, de les inviter à s'entendre amiablement sur cette liquidation (1), d'examiner d'un commun accord et avec une parfaite bonne foi les diverses modalités de paiement et les combinaisons financières possibles. S'ils n'y parviennent, alors ils reviendront devant la justice qui leur appliquera les principes qu'elle a dégagés. Cette manière de voir est d'autant plus justifiable que le calcul d'une indemnité considérable ne peut être dressé à la légère et que, d'autre part, il faut laisser le temps de réfléchir à la Ville, prise dans l'alternative, ou bien de s'acquitter de sa contribution aux charges anormales du service par une somme globale à forfait, ou bien de consentir un relèvement du prix du gaz au détriment des consommateurs abonnés.

Cette alternative est grave pour les représentants municipaux, responsables de leur gestion devant les électeurs...

Dès lors, il semble préférable de sérier les questions, de n'envisager qu'un à un les divers éléments.

1. En ce sens, MM. HAURIU, JÈZE.

d'un problème aussi vaste, une fois le principe affirmé.

Cependant une idée d'équité, si raisonnable fût-elle, ne devrait point se faire jour, si son application pratique contredisait d'une manière formelle, évidente, les règles de procédure qui s'imposent aux tribunaux.

A cet égard le Conseil d'Etat n'a pas innové. Très souvent, en matière de liquidation de dommages-intérêts, après avoir reconnu le « bien fondé de la prétention du requérant en indemnité », au lieu de liquider lui-même le quantum il renvoie les parties devant le Ministre, en indiquant quelles devront être les dates de la liquidation — (V. 7 déc. 1894, Compagnie algérienne, Leb., p. 661 (1) ; 8 août 1896, Fabrique de Saint-Jean-de-Maurienne, Leb., p. 663 ; Fabrique d'Annecy, 1^{er} juillet 1904, Leb. p. 533 ; 30 janvier 1914, Gosselin, p. 154 ; cf. tout le contentieux des pensions) — Sans doute, objectera-t-on, que dans ces diverses hypothèses, c'est devant l'administration active — le Ministre — que le requérant a été renvoyé. Mais, dans l'affaire de Bordeaux, le Conseil d'Etat n'agit pas différemment : il affirme l'existence de la créance et renvoie le créancier, en l'espèce la Compagnie du gaz, devant l'administration communale pour la détermination de ce qui est dû. L'administration communale, dit-on, est précisément la partie adverse, la ville de Bordeaux. Comment cela se peut-il ? —

Réponse : le Ministre qui nie le droit à la pension

1. Le capital remboursé à la Compagnie liquidataire de la Société générale algérienne ne saurait être considéré comme suffisant qu'à la condition de comprendre : 1... 2... 3... Il y a donc lieu de renvoyer les requérants devant le ministre des Finances à l'effet de dresser ce compte.

est-il donc moins « la part adverse » au regard du demandeur dont la créance a été reconnue ?... En quoi, déclare M. Berthélémy (1), cela fait-il obstacle à ce que le Ministre détermine le quantum de la pension, une fois proclamée l'existence de la dette ?

b) *L'effet dévolutif de l'appel ; l'indépendance réciproque des deux degrés de juridiction.* — En cas de désaccord, renvoi devant le juge de 1^{re} instance qui devra liquider suivant le principe admis dans l'arrêt du 30 mars. Sur ce point, M. Duguit affirme que le Conseil d'Etat a violé la règle de l'effet dévolutif de l'appel, violé la règle de l'indépendance réciproque des deux juridictions (2).

Sont-elles indispensables en matière administrative ? D'après la majorité de la doctrine, les dispositions du Code de procédure civile ne sont pas

1. *Loc cit.* — En ce sens également : M. JÈZE.

2. Voici le texte des violentes critiques formulées par le savant professeur :

a) Le Conseil d'Etat, statuant au contentieux est un juge ; il a tous les pouvoirs des juges, mais il n'a que ceux-là.

b) Le juge ne peut statuer que sur les conclusions des parties ; mais il doit dans le dispositif de sa décision statuer sur toutes leurs conclusions, supposées d'ailleurs recevables.

c) L'appel d'une décision, au fond, dessaisit entièrement et définitivement de l'affaire la juridiction de premier ressort ; et la connaissance exclusive et complète du procès appartient à la juridiction d'appel. C'est ce qu'on nomme l'effet « dévolutif » de l'appel.

d) Les juridictions sont indépendantes, et une juridiction supérieure ne peut imposer une solution à une juridiction inférieure.

« Il n'est pas une de ces règles essentielles qui ne soit mise en échec par « l'arrêt du Conseil d'Etat... Il est singulièrement paradoxal de renvoyer des « plaideurs à s'entendre quand c'est précisément parce qu'ils n'ont pas pu « s'entendre que le procès est né... Le Conseil d'Etat impose sa volonté au « Conseil de préfecture, qui devra reconnaître le principe de l'indemnité et « pourra seulement en déterminer le montant... (Il) est sorti de son rôle de « juge et semble s'arroger des pouvoirs qui n'appartiennent qu'au législa- « teur... Sous couleur de statuer sur un procès, le Conseil d'Etat formule « une règle générale et établit une compétence. »

applicables de plein droit à la procédure administrative (1). C'est au juge administratif à décider, dans chaque espèce, si l'extension de telle ou telle règle est compatible avec la rapidité et la simplicité indispensables devant la juridiction administrative.

D'ailleurs, *l'idée essentielle de l'appel est de soumettre tout procès à deux juges successivement ; le reste est secondaire* : que le juge d'appel puisse ou non couper en deux le procès et en renvoyer à nouveau une partie devant le juge du premier ressort, cela est sans importance au point de vue de l'appel, pourvu que les deux morceaux du procès passent à la fois en première instance et en appel.

On a rappelé la procédure de liaison du contentieux par la décision préalable, à laquelle le Conseil d'Etat est très attaché parce qu'elle respecte l'autonomie des administrations publiques. On peut aussi rapprocher de la procédure adoptée dans l'affaire de Bordeaux, la procédure en liquidation par voie d'instance (C. de proc. civ., 513 et suiv.) : elle est prévue d'abord pour être appliquée par un même tribunal qui, par premier jugement, pose le principe de l'indemnité et, par un second, en prononce la liquidation. Mais elle est étendue par l'article 472 au cas d'un juge d'appel qui, après avoir affirmé le droit à l'indemnité, charge un tribunal de première instance de la liquider. Sans doute le Code de procédure civile l'entoure de certaines restrictions, par exemple ne permet le renvoi,

1. V. BRÉMOND, *Rev. gen. d'adm.*, t. XXXVIII, p. 258 à 268 ; t. XXXXI, p. 139 à 141.

Contra : JACQUELIN, *R D P* ; 1903.

après information, devant le même juge du premier ressort qui avait déjà connu de l'affaire. « Mais pourquoi le Conseil d'Etat ne se serait-il pas emparé du principe sans s'embarrasser des restrictions, puisqu'il n'est pas lié par les textes » (1), et qu'il ne prend des institutions de procédure civile que celles dont l'extension lui paraît désirable.

Il y aura ainsi une complication, des lenteurs ; le Conseil les a sans aucun doute prévues, et c'est volontairement, en pleine connaissance de cause qu'il a mis les parties en face de cette complication, de ces lenteurs, et des nouveaux frais. Il veut les rebuter, les décourager de reprendre le procès. C'est un avantage et non un inconvénient (2). Il a arrêté le principe de l'indemnité. C'est à elles, qualifiées par excellence pour posséder tous les éléments du problème, de rechercher la modalité la plus avantageuse pour toutes deux : indemnité globale et sous quelle forme, ou relèvement des tarifs par un avenant ? Le Conseil n'envisage même pas les considérations en faveur de l'une ou de l'autre hypothèse. Il entend laisser aux contractants toute liberté, toute initiative à cet égard, pensant que cette liberté, cette initiative produiront des effets plus féconds et plus satisfaisants que si le différend était tranché brutalement et intégralement par la juridiction. Encore une fois, il faut insister sur cette idée, car elle éclaire l'arrêt du 30 mars 1916 : le Conseil entend ne régler que le principe même de l'indemnité et rien de plus.

1. En ce sens : MM. BERTHÉLEMY et HAURIU.

2. Contra M. DUGUIT.

Cf Le célèbre passage de Voltaire, intitulé : « Fragment d'une lettre sur un usage très utile établi en Hollande », et daté de 1742 : « En Hollande,

Enfin, le Conseil d'Etat aurait-il attenté à l'indépendance du Conseil de préfecture, comme juge de premier ressort, obligé de s'incliner devant la décision affirmant le droit à indemnité? Il s'agit, en réalité, d'une simple question d'autorité de la chose jugée : dans les rapports de la Cour d'appel et du tribunal civil de première instance, la Cour de cassation, dans l'hypothèse de l'article 472 du Code de procédure, a estimé que le tribunal civil n'était pas lié, au moins en ce qui concerne l'existence du préjudice. « Elle aurait pu juger le contraire, sans que l'indépendance du tribunal fût compromise. L'autorité de la chose jugée est fondée sur d'autres motifs que sur le désir de respecter l'indépendance du juge (1). » D'ailleurs, que le Conseil de préfecture juge comme il l'entendra, l'affaire reviendra devant le Conseil d'Etat qui aura le dernier mot. Au surplus, il avait logiquement écarté l'examen de ce qui pouvait être dû, puisqu'il niait le principe même de la dette. Mais le principe de l'indemnité admis, en ce qui concerne

« quand deux hommes veulent plaider l'un contre l'autre, ils sont obligés d'aller d'abord au tribunal des *conciliateurs*, appelés *feseurs de paix*. Si les parties arrivent avec un avocat et un procureur, on fait d'abord retirer ces derniers, comme on ôte le bois du feu qu'on veut éteindre. Les *feseurs de paix* disent aux parties : « Vous êtes de grands fous de vouloir manger votre argent à vous rendre mutuellement malheureux ; nous allons vous accommoder sans qu'il vous en coûte rien.

« Si la rage de la chicane est trop forte dans ces plaideurs, on les remet à un autre jour, afin que le temps adoucisse les symptômes de leur maladie. Ensuite, les juges les envoient chercher une seconde, une troisième fois. Si leur folie est incurable, on leur permet de plaider, comme on abandonne, au fer des chirurgiens, des membres gangrenés ; alors la justice fait sa main. »

Le Conseil d'Etat, par son invite formelle à fixer à l'amiable la modalité et le quantum de l'indemnité, plutôt que de revenir à la barre du prétoire, ne joue-t-il pas le rôle de feseur de paix ?

I. M. HAURIOT. — V. Cass. 28 nov. 1888. S. 1889. 1369 ; *Pand. périod.* 1889. 1 ; 150, TISSIER. *Revu. crit.*, 1888, p. 539.

la fixation de sa quotité le système qui s'attache avec rigueur au caractère dévolutif de l'appel aboutit à la suppression du premier degré de juridiction, conséquence regrettable : le Conseil de préfecture plus près de l'état de fait est particulièrement qualifié pour y adapter le droit (1).

c) *La question des précédents.* — M. Hauriou cite plusieurs décisions qui, sur ce point de procédure, constitueraient des précédents (2) : arrêts du 26 décembre 1891 et 25 novembre 1898 (3) : par le premier, le Conseil d'Etat annulait un arrêté du Conseil de préfecture de la Loire, qui rejetait la demande en dommages-intérêts présentée contre la Ville de Saint-Etienne par sa Compagnie du gaz. Il ordonnait une expertise à l'effet de déterminer l'importance du dommage, mais sans renvoyer les parties devant ce Conseil de préfecture comme l'affirme M. Hauriou. Et en 1898, il fut saisi comme suite à son arrêt antérieur, et non sur appel contre un arrêté du Conseil de préfecture. Ces deux arrêts consacrent donc les règles traditionnelles de l'effet dévolutif de l'appel et du dessaisissement du juge du premier ressort ; de même ceux du 10 janvier 1902, commune de Deville-lès-Rouen (Leb., p. 5) et du 3 mai 1912 (Leb., p. 517), Compagnie continentale du gaz.

Quant à l'arrêt Deshayes du 6 avril 1895 (Leb., p. 345) il paraît, aussi, invoqué à tort par le doyen de Toulouse : le Conseil de préfecture du Morbihan avait donné le sens d'un traité pour le service de la distribution des eaux passé entre la ville de Lorient

1. En ce sens : M. BERTHÉLEMY.

2. En ce sens M. BERTHÉLEMY.

3. Déjà étudiés : *Rec.* 1891, p 789; 1898, p. 723.

et le sieur Deshayes ; et ordonné une expertise pour connaître le montant de l'indemnité qui, en conséquence de l'interprétation du traité, pourrait être due. En appel, annulation de l'arrêté en tant qu'interprétatif, et renvoi devant le juge de premier ressort pour fixer le chiffre de l'indemnité : « considérant que l'état de l'instruction ne permet pas de statuer immédiatement ». Mais, ainsi que l'a remarqué M. Jèze, l'affaire dont le Conseil d'Etat était saisi en appel était un jugement interlocutoire, préjugant le fond ; à savoir la question de déchéance (1).

Comme précédent *véritable* de procédure, on peut mentionner la décision du 22 novembre 1912 (Comp. des eaux de Rouen : Leb., p. 1077). On y retrouve les mêmes solutions que dans l'affaire du gaz de Bordeaux : annulation d'un arrêté du Conseil de la Seine-Inférieure sur l'interprétation d'une concession d'eau ; renvoi devant le même tribunal pour décider ce que devront être les conséquences pécuniaires de l'interprétation, par lui rejetée (2).

En définitive, l'arrêt du 30 mars 1916, bien que

1. Par suite le Conseil d'Etat a appliqué l'art. 60 de la loi du 22 juillet 1889 : « les dispositions du Code de procédure civile relatives à l'appel des jugements préparatoires et interlocutoires, sont applicables aux recours formés contre les décisions des Conseils de préfecture », et l'art. 473 du Code de procédure civile auquel l'art. 60 renvoie, prévoit une évocation facultative : « Lorsqu'il y aura appel d'un jugement interlocutoire, si le jugement est infirmé, et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, les cours royales et autres tribunaux d'appel pourront statuer en même temps sur le fond, définitivement par un seul et même jugement ».

M. Hauriou invoque M. Laferrière (*Jurid. adm.*, 1896, t. II, p. 131) qui, n'ayant pas critiqué l'arrêt Deshayes, en aurait, par conséquent, approuvé la procédure. Or M. Laferrière cite l'arrêt en note, sans commentaire, à l'appui de la règle d'après laquelle le juge administratif de premier ressort peut annuler le séquestre ou la déchéance prononcée contre un concessionnaire de services publics ; il ne parle aucunement de procédure.

2. En ce sens : M. BRATHÉLEMY.

les précédents soient moins nombreux qu'on l'ait dit, n'innove pas en matière de procédure (1), et la procédure qu'il a admise se justifie par les raisons ci-dessus exposées.

§ 6. — **Examen critique de l'arrêt : le fond.**

— a) *Situation spéciale de la Compagnie du gaz de Bordeaux.* — Après la forme le fond : il apparaît tout d'abord que le litige se présentait dans des conditions particulièrement favorables pour la Compagnie du gaz de Bordeaux : Aucune faute ne pouvait lui être reprochée ; au moment où la guerre éclata, elle avait, dans ses usines, un stock de 18.000 tonnes de charbon ; en outre, 13.000 tonnes en réception, soit en cours de voyage, soit en affrètement ; elle disposait donc de 31.000 tonnes de charbon, lui permettant d'assurer la fabrication du gaz jusqu'à mi-novembre 1914. D'autre part, le 21 mai 1914, elle avait passé, avec des représentants de deux mines de la région de Newcastle, deux marchés portant chacun sur une quantité de 50.000 tonnes livrables du 30 juin 1914 au 30 juin 1915, au total 100.000 tonnes. La Compagnie avait donc pris toutes les mesures pour assurer le fonctionnement normal et régulier du service public d'éclairage. Les livraisons eurent lieu, mais de mois en mois, depuis la guerre, une hausse toujours plus considérable et sans arrêt (2) — qu'elle ne pouvait prévoir —, pesait sur le prix de revient du charbon rendu à ses usines.

D'autre part, le cahier des charges consacrait formellement le principe de la variabilité du prix du

1. Contra, M. JÈZE.

2. V. les indications données plus haut.

*gaz en fonction des fluctuations des cours du charbon ; toute la combinaison financière reposait sur cette idée : l'article 31 disait, en termes exprès : « En cas de
« hausse du prix du charbon ou de diminution de
« consommation, les prix de vente seront élevés dans
« la même proportion, mais ils ne pourront jamais
« dépasser 18 centimes, 17 centimes et 16 centimes qui
« seront des maxima. »*

A la séance du conseil municipal du 29 mars 1904, M. le Maire de Bordeaux déclarait que le public ne paierait jamais le gaz au delà de 18 centimes. Mais il tablait sur les événements qu'envisageait alors le conseil municipal dans ses discussions au moment de traiter, comme susceptibles d'entraîner une hausse du charbon : spéculation, difficultés d'extraction dans les mines, augmentation des salaires et de la consommation du gaz exigeant chaque jour davantage de matières premières, variations du fret, etc. Mais personne ne prévoyait, ni ne pouvait raisonnablement prévoir une guerre comme la guerre actuelle (1). Si elle avait été soupçonnée en 1904, ou bien on aurait spécifié dans le contrat qu'on élaborait des clauses précises pour cette hypothèse, ou bien on aurait réservé le cas en annonçant qu'on prendrait les mesures qui deviendraient nécessaires pour assurer le service. Par suite, l'on est en droit de dire : « le contrat n'a pas été conçu et conclu en
« vue de circonstances telles que celles qui se dérou-
« lent actuellement. Par suite, il ne peut être appli-
« qué aujourd'hui strictement, littéralement. Ce serait
« contraire au principe que les contrats doivent être

1. Personne n'avait même parlé d'une guerre quelconque.

« exécutés de bonne foi et conformément à la com-
« mune intention des parties. Il faut cependant que
« le service public soit assuré et qu'il le soit par le
« concessionnaire. La puissance publique doit inter-
« venir. La ville de Bordeaux doit mettre la Compas-
« gnie en état de pouvoir continuer à assurer le ser-
« vice. C'est aux deux parties en présence, concédant
« et concessionnaire, qu'il appartient de régler, par
« un accord, les conditions nouvelles destinées à
« faire face à une situation nouvelle, qui est en dehors
« des dispositions du contrat. »

Ces considérations d'ordre très général, de M. Char-
denet, sont d'autant plus intéressantes que l'article 31
du cahier des charges, précité, plaçait la Compagnie
du gaz de Bordeaux dans une situation très spéciale.
Il y avait en somme une *difficulté particulière à l'es-
pèce*, comme l'a souligné M. le doyen Larnaude dans
la note par laquelle il adhéraît à la consultation de
MM. Boivin-Champeaux, Hannotin et Mornard. Si
le Conseil d'Etat avait voulu faire état de cet article
strictement, il eût rejeté la demande de la Compagnie.
Sa décision n'en a donc que plus de valeur puisqu'on
ne trouve pas trace, dans les considérants, des clauses
propres à l'affaire de Bordeaux. Néanmoins, il est
fort vraisemblable que la Haute Assemblée, dans sa
détermination, a été influencée par cette clause si
particulière. Or si, d'une part, la rédaction de l'arrêt
du 30 mars 1916 n'est qu'une déclaration de prin-
cipes (1) propres au contrat de concession et une
constatation des événements qui constituent l'impré-
vision [donc applicable à un grand nombre de cas],

1. Il suffit de le lire attentivement pour s'en rendre compte.

d'autre part, la jurisprudence entière du Conseil d'Etat prouve qu'il examine toujours les circonstances propres de chaque affaire.

Il est donc *aussi manifestement inexact de qualifier la décision du 30 mars d'arrêt d'espèce, que d'arrêt de règlement !*

b) *Extension de la théorie de l'imprévision à l'interprétation de la concession — contrat.* — Le principe posé par M. Chardenet, et consacré par le Conseil d'Etat, consiste dans l'extension de la théorie de l'imprévision à l'interprétation des dispositions contractuelles des concessions. Cette extension, explique l'éminent commissaire du gouvernement, est conforme à la jurisprudence, admise dans l'interprétation de tous les contrats administratifs ; elle est d'ailleurs équitable et contribue à la bonne marche des services publics.

Pourtant, on peut affirmer que cette extension *est nouvelle* ; jamais, devant le Conseil, la question ne s'est présentée avec l'aspect qu'elle revêt aujourd'hui ; aussi M. le commissaire du gouvernement a-t-il invoqué, à défaut de précédents formels, des analogies très proches.

Tout d'abord, il a justement écarté du débat les cas où l'économie du contrat avait été troublée par le *fait* même du concédant : exemples : les affaires où les Compagnies gazières se plaignaient de surcharges imposées à leur exploitation par le rehaussement des droits d'octroi (ville de Bergerac, 29 déc. 1905), ou bien, lorsque les Compagnies concessionnaires de services publics à Paris avaient vu leurs ouvrages bouleversés ou leur fonctionnement plus ou moins interrompu, par les travaux de construc-

tion du Métropolitain (Compagnie parisienne de l'air comprimé, 24 nov. 1905 ; Comp. gén. des Omnibus, 3 fév. 1905) ; ou lorsque l'administration a modifié l'importance d'un service de transport (Labeye, 11 nov. 1911) : ou des ouvrages à exécuter (Olmer et Hesbert, 14 nov. 1909 ; ville de Rouen, 22 nov. 1909) dans des proportions excédant visiblement les prévisions des contractants.

Dans toutes ces hypothèses, où il y avait, non pas une faute, mais du moins un fait de l'une des parties, la théorie de l'imprévision s'imposait, sans conteste : les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont conclues et doivent s'interpréter de bonne foi.

En dehors de ces décisions d'autres ont été signalées, mais toutes justifiables par des motifs différents de ceux que l'on rencontre dans le procès de Bordeaux. Les unes ont été rendues en matières de marchés de travaux publics ou de fournitures ; elles furent examinées dans la première partie du présent travail (événements imprévus rendant l'exécution plus difficile ou plus onéreuse, application de la théorie indemnitaire de l'imprévision).

Les autres attribuent la qualité d'événements de force majeure aux faits imprévus qui constituent un obstacle insurmontable à l'exécution : affaires précitées de la Compagnie des Messageries maritimes (29 janv. 1909), Cantuel (5 mars 1909), Société métallurgique de l'Ariège (3 juillet 1912), etc., où il y avait non pas « imprévision », mais force majeure proprement dite (à l'impossible, nul n'est tenu, art. 1147 et 1148 du Code civ.). D'ailleurs, si M. le commissaire du gouvernement estime que, dans ces espèces, la théorie de l'imprévision a trouvé une

occasion de s'appliquer, il prend soin de rapprocher les solutions administratives des nombreuses décisions judiciaires fondées sur la théorie de la force majeure. Or, dans le présent litige entre la ville de Bordeaux et son concessionnaire, on désirait appliquer la théorie de l'imprévision seule, dégagée de la théorie de la force majeure. Analogie, soit, mais non similitude (1).

Enfin, la troisième catégorie de solutions est relative aux conflits entre communes et gaziers à la fin du XIX^e siècle, et constitue une application du régime du service public bien comprise (2). Le Conseil d'Etat suppléa à l'imprévision des parties qui n'avaient pas soupçonné l'invention de l'éclairage électrique, mais sans qu'on pût parler de force majeure. Au surplus, les solutions alors adoptées eussent-elles prévalu, si l'installation de l'éclairage s'était faite sans l'intervention de la commune? Si une découverte avait permis aux habitants de disposer de la lumière sans qu'il fût nécessaire de poser des câbles dans les voies publiques, les Compagnies gazières auraient perdu leur clientèle et la rémunération escomptée. Qui soutiendra que les villes auraient dû, en pareille occurrence, dédommager leurs concessionnaires? Mais, si ceux-ci sont atteints par des dommages de ce genre avec la complicité des administrations concédantes, ils trouveront, dans le droit civil comme dans le droit administratif, des garanties réparatrices. « La commune qui a promis de rémunérer « l'établissement d'une canalisation gazière, par l'at-
« tribution des bénéfices à tirer de son exploitation,

1. M. BERTHÉLÉMY.

2. V. ch. II, § 3.

« a bien eu, dit M. Berthélemy, l'intention d'assurer
« à la compagnie le monopole de l'utilisation des
« voies pour la distribution de l'éclairage, — *le gaz*
« *étant, quand elle a traité, le seul mode d'éclairage*
« *connu impliquant l'installation d'une canalisation*
« *sous les voies publiques.* Cette commune manque
« de bonne foi si, pouvant refuser de se prêter à
« l'installation de conduites électriques, elle l'auto-
« rise, la facilite, ou la provoque. Elle viole les enga-
« gements qu'elle a pris, et c'est de cette violation
« qu'elle doit indemniser son concessionnaire. »

Inversement, la Compagnie gazière, qui prétend
au monopole de tous procédés d'éclairage utilisant
les voies publiques, ne peut se refuser, sous peine
de mauvaise foi, à l'assimilation qu'on a faite entre
l'invention de l'éclairage électrique et le perfection-
nement de l'éclairage au gaz. Et ces deux solutions
résultent de l'interprétation normale de celles des
dispositions de la concession qui ont le caractère
contractuel.

En résumé, dans l'affaire du gaz de Bordeaux, la
compagnie souffre d'un fait imprévu, non de la force
majeure ; elle n'est pas en faute, non plus que la
Ville. Il s'agit, non d'un marché de travaux, mais
d'une concession ; on ne rencontre aucune des con-
ditions qui, dans les nombreuses décisions invoquées,
justifièrent l'application de la théorie de l'imprévi-
sion.

On est donc à même de conclure à l'extension de
cette méthode d'interprétation aux clauses contrac-
tuelles (1) des concessions, extension justifiable,

1. « Aux clauses contractuelles » : on a observé au chap. II, § 2, que la
notion de service public permettait de faire face à l'imprévision, en tant

parce que l'arrêt du 30 mars 1916 est juridique et équitable.

c) *Solution juridique.* — Il ne faut pas songer aux seuls articles 1184 (le débiteur est tenu à l'engagement lorsque l'exécution est possible) et 1134 (la convention fait la loi des parties). L'article 1135 ne dit-il pas : *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* Or, on a constaté la nature spéciale de la concession.

D'ailleurs, le Code civil ne tient-il pas compte, lui-même, dans une certaine mesure, de la théorie de l'imprévision ? L'article 1150 déclare : « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a dû prévoir, lors des contrats ». L'article 1156 prescrit expressément de rechercher « quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » L'article 1134 ne confirme-t-il pas l'art. 1156, quand il énonce que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi », et l'article 1160 : « on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées » ; — la bonne foi n'est-elle pas une de ces clauses ?

Sans doute la guerre n'est pas un cas de force majeure. Elle trouble les relations économiques et sociales (1), mais ce n'est point une raison pour que, en soi, elle mette obstacle à l'exécution des contrats (2).

qu'elle concerne les conditions du fonctionnement de la concession, par voie de disposition unilatérale et réglementaire.

1. Cf. Dans les relations internationales, la clause *rebus sic stantibus*.

2. Ne pas avoir songé à son éventualité eût été, non de l'imprévision, mais de l'imprévoyance.

Aussi les Compagnies gazières se plaignent non de la guerre, mais de la hausse exorbitante du charbon, produite par les circonstances ci-dessus énoncées : durée, intensité de la guerre, etc. (v. § 3), conséquences du caractère exceptionnel des hostilités actuelles ; caractère qui n'était pas entré dans la commune prévision des parties. Dès lors, comment exiger, de bonne foi (1), l'exécution stricte d'une convention signée sur le vu de prix déterminé de matières premières, quand ce prix passe de 30 francs à plus de 73 francs ?

Le Conseil d'Etat se borne à déclarer que la Ville ne saurait s'attacher à la lettre du cahier des charges. La hausse du charbon était prévisible, mais pas avec cette exagération. En décidant que, en fait, les parties n'ont pu, raisonnablement, envisager comme un risque éventuel et normal les événements présents et leurs effets, le *Conseil applique l'article 1156* (2).

1. Ici, une observation : dans la consultation présentée par le syndicat professionnel de l'Industrie du gaz, on lit : « les traités par lesquels les « villes concèdent à des particuliers l'exploitation de leurs grands services « publics, ne sont pas des contrats d'ordre privés, régis par le Code civil. Ce « sont des contrats administratifs qui, créant entre les parties des rapports « d'une nature absolument spéciale, sont, avant tout, gouvernés par des « règles fondées sur l'équité et la commune intention des parties. »

On a objecté qu'il n'y a pas deux manières d'entendre la bonne foi, une bonne foi civile, une bonne foi administrative. D'accord. Mais, M. Berthélemy ajoute : les contrats n'ont pas une nature différente, suivant qu'ils ont un objet d'intérêt public ou privé.

On peut répondre que le but de l'acte dépasse, absorbe sa nature ; les contrats administratifs (marchés de fournitures et de travaux) ont pour but essentiel un intérêt général ; celui-ci atteint sa plus haute expression dans le contrat de concession, dont la notion de service public permet d'affirmer la nature particulière (ch. II, § 1 et 2).

2. Comme rien n'empêche les parties de convenir qu'un changement produit par les événements extérieurs dans les conditions de l'exécution, diminuera l'obligation (parfois même la supprimera), — c'est la clause

En définitive, aucune antinomie entre les principes du Code civil et l'arrêt du 30 mars 1916. L'arrêt est donc juridique et, par cela même qu'il est juridique, équitable.

d) *Solution équitable.* — Il est équitable, en effet, d'admettre que la commune intention des parties a été d'établir un équilibre relatif entre les engagements du concédant et ceux du concessionnaire. Il y a d'énormes risques dans le contrat de concession, le rendement est très aléatoire. L'exploitant ne saurait être fondé à s'en plaindre, car il ne l'ignorait pas, et a traité avec l'administration en connaissance de cause. Mais, *les conventions devant être exécutées de bonne foi, la commune intention des parties ne peut être de ruiner l'une d'elles.* Il serait injuste de déduire de la lettre du cahier des charges des obligations indéfinies pour le concessionnaire. Il est juste que l'exploitant ne soit exposé qu'aux aléas dont il est possible de faire état, et d'apprécier l'importance, lors de la fixation du taux de la redevance, c'est-à-dire à ceux qui résultent du jeu des phénomènes économiques normaux. La concession a pour but, en déléguant la gestion du service, de mettre, à la charge d'une société, les risques limités qui auraient incombé à la commune exploitant en régie (1). Elle n'a pas pour but d'élargir les aléas

rebus sic stantibus —, rien n'empêche non plus le juge d'apprécier l'intention des parties, en déclarant qu'elles ont sous-entendu cette clause.

1. La Ville ne serait pas tenue de supporter, sur son budget ordinaire, les dépenses imprévues qu'occasionneraient des événements nouveaux, et absolument exceptionnels, et qui viendraient excéder les charges normales du service. C'est ainsi que le Conseil municipal de la Ville de Paris, qui est marchande de gaz (régie intéressée), a voté, dans sa séance du 31 décembre 1917, par 42 voix contre 14, une augmentation du prix : celui-ci sera porté, à partir du 1^{er} avril 1918, de 0 fr. 20 à 0 fr. 30, jusqu'à 45 m³ mensuels ;

inhérents au service, d'imposer au concessionnaire toutes les chances défavorables sans limite. Il y a comme un *calcul d'équivalence honnête* (1) entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui, calcul essentiel du contrat, fondement même du consentement (2).

Dès lors, comment ne pas souscrire aux conclusions de M. Chardenet :

*« Lorsqu'on se trouve en présence d'événements
« qui viennent troubler profondément l'économie du
« contrat, qui mettent le concessionnaire dans l'im-
« possibilité d'exécuter son marché dans les condi-
« tions où ce marché a été passé, et existe, il faut
« faire face à cette situation nouvelle que les parties
« n'avaient en rien pu prévoir ; il faut y faire face
« tant qu'elle subsiste ; les nécessités du service public
« l'exigent. C'est alors à la puissance publique, à
« qui incombe à l'égard de tous la responsabilité du
« service, c'est à elle d'intervenir et de prendre les
« mesures indispensables pour surmonter les diffi-
« cultés exceptionnelles rencontrées momentanément.
« Deux solutions pourraient être envisagées. En pre-*

0 fr. 40 les m³ supplémentaires. « La houille, a dit le rapporteur, coûte 120 francs la tonne, au lieu de 23 francs. Pourquoi faire retomber cette dépense sur tous les contribuables ? »

1. Concl. de M. Blum (arrêt du 11 mars 1910, Leb., p. 215). L'équivalence honnête variera suivant les espèces. D'ailleurs, l'expression en soi, il faut le reconnaître, est imprécise.

2. Cette conception est consacrée par la jurisprudence du Cons. d'Etat : arrêts des 3 avril 1909 (Lezignan), 21 juillet 1911 (Hyères), 7 mars 1913 (Angers), qui chargent des experts de rechercher si un contrat d'électricité présenté à une Compagnie gazière pour l'exercice de son droit de préférence permet une exploitation régulière et une rémunération normale, et dans l'arrêt du 8 mai 1912 qui, en chargeant le juge administratif de préparer tout un contrat de concession électrique, dit que ce contrat devra être établi de façon que l'exploitation soit régulièrement assurée et normalement rémunérée.

« mien lieu, la puissance publique, le concédant,
« prendrait, pendant cette période de difficultés,
« l'exécution du service, il assurerait le service en
« régie et à ses frais, car, nous le répétons, il ne
« peut être question d'imposer au concessionnaire
« la charge des dépenses qu'exige le service. Cette
« solution aurait de graves inconvénients. Est-il
« besoin de montrer qu'elle ferait supporter par le
« concédant toutes les conséquences résultant des
« événements de force majeure, des difficultés excep-
« tionnelles rencontrées et imprévues lors de la pas-
« sation du contrat? Le concessionnaire laisserait
« tranquillement les événements se dérouler, puis
« l'ère des temps difficiles une fois passée, il repren-
« drait l'exploitation de la concession et il serait
« certain de réaliser les bénéfices qu'elle peut com-
« porter sans avoir couru aucun risque. Une sem-
« blable solution ne saurait être admise ; elle serait
« contraire à toute équité. La seconde solution qu'on
« peut envisager est la suivante. La puissance
« publique, le concédant, exigera du concessionnaire
« l'exécution du service, à laquelle il est tenu par
« son contrat ; mais la puissance publique aura à
« tenir compte au concessionnaire, soit en lui
« allouant des indemnités, soit en restreignant cer-
« taines des obligations dont il est tenu, soit par tout
« autre arrangement, — elle aura à lui tenir compte
« de l'excédent de charges dépassant le maximum
« des difficultés ou le maximum de l'amplitude des
« variations économiques, dont la prévision était
« possible au moment où l'on a contracté. La puis-
« sance publique est tenue de le faire, puisque, au
« delà du maximum de difficultés qu'on pouvait pré-

« voir, le concessionnaire ne serait pas obligé
« d'assurer le service en vertu de son contrat, à rai-
« son des événements qui se sont produits. On est
« en dehors du contrat, passez-nous l'expression. Le
« concessionnaire ne peut être tenu de faire face à des
« sujétions extracontractuelles que si la puissance
« publique lui donne le moyen d'y faire face, si elle
« supporte les dépenses au delà des limites que nous
« venons d'indiquer et qui sont celles résultant
« d'une saine interprétation du contrat. Et, remar-
« quez-le bien, ce n'est pas là enrichir le concession-
« naire, ce n'est pas le mettre à l'abri de tous les
« risques, c'est seulement le mettre en état de con-
« tinuer à assurer le service public, dont le fonc-
« tionnement se trouve menacé à raison des faits
« que les parties ne pouvaient en rien prévoir et qui
« ont porté une grave atteinte à l'économie du
« contrat. Une fois la période des difficultés passée,
« on reviendra à l'exécution normale du marché. »

En résumé, M. le commissaire du gouvernement proclame que le concessionnaire ne doit pas supporter la surcharge occasionnée par des événements imprévus à partir du moment où cette surcharge a atteint une telle importance, qu'il ne serait plus astreint à l'exécution du service. Il faut cependant que le service soit assuré (1) — (et là, M. Chardenet rend un hommage éclatant au principe de la conti-

1. M. Viollette, ministre du Ravitaillement, au Sénat (7 juin 1917) : « Il
« y avait en France, il y a quelques jours, pour les villes de plus de
« 5.000 habitants, 38 usines à gaz arrêtées, et 71 qui étaient menacées de
« l'être ; c'est-à-dire, qui n'avaient pas de charbon pour plus de trois jours.
« J'ai, en conséquence, donné immédiatement des ordres... pour le sauve-
« tage... de ces usines... Le gaz envisagé du point de vue de l'ordre public
« est un besoin primordial. »

nuité ininterrompue du service public). — Il faut donc que la Ville concédante indemnise le concessionnaire.

Ces principes sont, en équité (1), irréprochables. L'arrêt du 30 mars 1916 n'a rien dit de plus.

J. Sur la notion d'équité: GÉNY, *Méthodes d'interprétation*, p. 487 à 491.

CHAPITRE V

APRÈS L'ARRÊT DU 30 MARS 1916

L'arrêt du 30 mars constitue, a-t-on dit, une adhésion sans réserve aux principes posés par le commissaire du gouvernement. On a été enclin à en exagérer la portée et à en déterminer le sens à l'avantage des gaziers, au détriment des communes. Il importe donc de ne pas perdre de vue les observations précédentes, pour étudier les conséquences possibles et pratiques de ces principes à l'égard des Compagnies, des villes, des consommateurs du gaz, leur interprétation ministérielle, les dispositions législatives éventuelles.

§ 1^{er}. — Conséquences à l'égard des Compagnies. — Dans les rapports entre Compagnies et municipalités, la conséquence immédiate, c'est *l'opportunité d'une transaction* : le Conseil d'Etat, en consacrant seulement le principe de l'indemnité, a invité formellement les parties à une conciliation : conclusion à l'amiable d'avenants « en dehors du contrat » — il n'y a donc pas violation du contrat, — tenant compte de tous les éléments propres à chaque affaire. *Le Conseil d'Etat a ouvert la porte à toutes les modalités possibles d'arrangement, sans*

prononcer d'exclusive ni indiquer de préférence : *question de fait et question d'espèce*. Suivant les cas : augmentation temporaire du tarif de vente, remise de redevances, réduction de l'éclairage public, avances remboursables, subvention forfaitaire, garantie d'intérêts... Telle modalité juste et réalisable ici, sera, là, irréalisable et injuste. De nombreuses conventions amiables ont été passées de la sorte, réglant pour la plupart des communes le régime transitoire, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux tribunaux.

Ainsi, le maire de Bordeaux signait le 6 mai 1916, avec le représentant de la Compagnie générale d'Eclairage, une convention portant augmentation momentanée du prix du gaz, approuvée le même jour par décret du Ministre de l'Intérieur (1).

Pourparlers en vue « d'établir un accord sur les bases » de la décision du 30 mars 1916 :

« Les questions multiples à examiner devant
« exiger un temps assez long pour être résolues à
« titre définitif, et la Compagnie déclarant ses res-
« sources épuisées par les charges qu'elle a eu à sup-
« porter, la Ville de Bordeaux et la Compagnie gén-
« rale d'Eclairage se sont mises d'accord pour établir
« une situation provisoire afin d'éviter l'arrêt de
« l'exploitation de la Compagnie.

« Les besoins de trésorerie de la Compagnie, tels
« qu'ils ont été par elle envisagés et déclarés, ont

1. Encore en vigueur à l'heure actuelle. Toutefois, les parties n'ayant pu aboutir à un accord définitif, il a été décidé qu'on reviendrait devant le Conseil de Préfecture en vue de l'expertise.

« conduit les parties à se prononcer pour un relèvement immédiat et provisoire du prix du gaz.

« Si une modification quelconque de nature à rompre l'équilibre de la trésorerie de la Compagnie se produisait pendant la période provisoire, la Ville de Bordeaux et la Compagnie devront rechercher les moyens propres à remédier à cette situation nouvelle.

II

« A titre provisoire et jusqu'à ce qu'une entente amiable ou une décision judiciaire soit définitivement intervenue pour l'application de l'arrêt du Conseil d'Etat, les parties conviennent que l'application des articles 29, 30 et 75 § 5 du cahier des charges de la concession du 8 mars 1904 et de l'art. D § 3 du traité du même jour est suspendue en ce qui concerne la fixation du prix de la fourniture du mètre cube de gaz aux différents consommateurs. »

III

« A partir de l'approbation des présentes par l'autorité supérieure, le prix du gaz actuellement en vigueur sera pour le service des particuliers (art. 30 du cahier des charges), relevé de dix-huit centimes (0,18) par mètre cube et pour toutes les autres catégories de consommateurs sans exception, y compris ceux visés au § 3 de l'art. D du traité du 8 mars 1904, relevé de vingt et un centimes (0 fr. 21) par mètre cube.

« Dans le cas où le montant de ces relèvements ne
« produirait pas les sommes suffisantes pour équi-
« librer la trésorerie de la Compagnie, la Ville de
« Bordeaux devra chaque mois pourvoir à l'insuffi-
« sance de cette trésorerie. »

IV

« Il sera créé dans les livres de la Compagnie et
« au nom de la Ville de Bordeaux un compte d'at-
« tente qui sera crédité de toutes les sommes pro-
« venant du relèvement du prix du gaz tel qu'il est
« déterminé ci-dessus.

« Le règlement de ce compte d'attente aura lieu
« lors du règlement définitif des conditions d'appli-
« cation de l'arrêt du Conseil d'Etat. »

La Compagnie accepte que, pendant cette période transitoire, ses comptes de recettes et dépenses, ainsi que le fonctionnement du compte d'attente soient contrôlés par une Commission désignée par la Ville de Bordeaux.

Elle s'oblige à mettre et tenir à la disposition de cette Commission tous documents et pièces justificatifs pour lui permettre d'exercer utilement son contrôle.

Pour équilibrer sa trésorerie jusqu'à ce que le relèvement du prix du gaz ait pu produire effet utile, la Compagnie déclare qu'une somme de six cent mille francs (600.000 frs) lui est nécessaire, à condition que le relèvement du prix du gaz soit appliqué à partir du dix mai au plus tard.

Pour permettre d'attendre cette époque, elle a pu s'assurer le concours d'une banque qui lui avancerait

cette somme de 600.000 francs à des conditions qu'elle a fait connaître à la Ville.

Elle déclare en outre que le nouvel effort financier qu'elle accepte de tenter malgré les charges considérables qu'elle a supportées jusqu'à ce jour, est le dernier qu'il lui soit possible de faire ; en conséquence, au cas où la dite somme de 600.000 fr. deviendrait insuffisante pour assurer la trésorerie de la Compagnie, « la Ville de Bordeaux devra prendre toutes mesures nécessaires pour parer à cette insuffisance. »

VII

« Les présentes conventions entreront en vigueur à partir du jour de leur approbation par l'autorité supérieure. »

VIII

« Si l'accord amiable ou à défaut la décision de justice sur les conditions d'application de l'arrêt du Conseil d'Etat n'intervient pas avant le 31 décembre 1916, le présent contrat pourra être résilié par l'une ou l'autre partie par un simple préavis d'un mois à partir de cette date (31 décembre 1916) et, bien entendu, chacune des parties se trouvera, par suite de cette résiliation, dans la situation dans laquelle elle se trouvait avant la signature des présentes. »

IX

« Il est expressément stipulé que les présentes conventions ne peuvent préjuger en aucune manière des conditions d'application de l'arrêt du Conseil

« d'Etat et qu'elles ne sauraient, à cet égard, préjudicier à aucun des droits des parties ni apporter aucune novation résultant de l'arrêt du Conseil d'Etat »... (1)

— S'il n'y a pas accord, — supposition rendue assez fréquente par les espérances excessives que l'arrêt a fait entrevoir aux gaziers, le rôle exclusif des tribunaux sera de déterminer l'indemnité, sans laquelle le concessionnaire cessera d'être astreint à l'exploitation du service.

Mais alors comment la calculer ? Qu'advient-il si les Compagnies la refusent comme insuffisante ?

L'indemnité variera suivant les espèces. On tiendra compte des ressources de la Compagnie : de ses bénéfices passés [quoiqu'il soit difficile de faire état de dividendes distribués, il y a peut-être dix ou vingt ans], de ses réserves légales, et surtout de ses réserves supplémentaires, qu'elle a ou aurait dû constituer pendant les années prospères ; il faudra envisager les avantages futurs qu'elle peut escompter, avec une certitude raisonnable, jusqu'au terme de la concession, sans dissimuler d'ailleurs combien pareille esti-

1. D'après des renseignements récents et pris à très bonne source, sur un total de 4.073 concessions d'éclairage dans 86 départements (plus le territoire de Belfort), dans 2.928 cas — soit les trois quarts environ, — les concessionnaires n'ont pas demandé de modifications ; dans 646 communes une solution amiable est intervenue, le plus souvent, sur une augmentation du prix de vente, parfois réduction de l'éclairage ou de la redevance, etc. Dans 51 communes seulement le litige a été porté devant les Conseils de Préfecture qui, presque tous, ont rejeté les demandes des Compagnies et prononcé même parfois la résiliation à leurs dépens : quelquefois cependant ont proclamé l'obligation indemnitaire de la Ville. Enfin, 437 procès sont encore en cours.

Il n'est pas sans intérêt, alors que l'on a fait tant de bruit autour de l'arrêt du Conseil d'Etat, de constater le grand nombre de cas où aucune modification au traité n'a été demandée.

mation est délicate et complexe ! Mais il est de toute justice, et sur ce point aucune discussion n'est permise, de faire entrer en ligne les avantages compensatoires que les circonstances procurent à la Compagnie, tels que la hausse des sous-produits coke, goudrons, benzols, etc..., postérieure à la passation du contrat. De même les gains réalisés dans d'autres services (1), dont, par la même convention, la société est chargée ; par exemple de la fourniture de l'électricité, produite par la houille blanche : les pertes sur l'exploitation gazière et les profits de la vente de force électrique pourront ainsi se compenser. Les Compagnies, déclarent leurs adversaires, ont souvent bénéficié de l'industrie des sous-produits ou de services connexes ; jamais elle n'ont appelé le public ou les villes à profiter de ces circonstances imprévues par une diminution du prix du gaz (2).

1. Quand le fonds de réserve prescrit par l'art. 36 de la loi 24 juillet 1867, « atteint le dixième du capital, le législateur jugeant qu'il est suffisant pour « donner pleine garantie contre toutes les éventualités, dispense dans l'avenir de « faire de nouveaux prélèvements sur les bénéfices nets » (Lyon-Caen et Renault, *Tr. de Dr. commercial*, t. II, n° 898). Les statuts peuvent d'ailleurs ordonner ou autoriser la formation de « réserves spéciales destinées à pourvoir à certains besoins tels que... *l'égalisation des dividendes pour les années mauvaises* » (*id.* n° 901).

2. La Compagnie parisienne d'Electricité, dans l'instance par elle introduite contre la Ville de Paris, argue de la diminution de courant pour l'éclairage particulier (22 millions de kilowats en 1916 au lieu de 80 en 1913), pour l'éclairage public (baisse de moitié), mais ne tient pas compte de la consommation de courant pour force motrice, destinée aux usines de guerre, qui passe de 22 millions de kilowats en 1913, à 82 millions en 1916 !

Il convient de noter, en outre, que les Compagnies d'Electricité, utilisant souvent la houille blanche, ont moins souffert que les Sociétés gazières, de la crise du charbon. Elles ne sont donc pas fondées, en principe, à solliciter de l'administration l'augmentation automatique du prix de vente de l'électricité destinée à l'éclairage, par simple corrélation avec l'augmentation du prix de vente du gaz.

La Compagnie parisienne se trouve dans une situation spéciale, étant obligée, d'après la convention du 5 sept. 1907, à l'exécution annuelle

L'indemnité sera déterminée par les experts, munis de pleins pouvoirs pour examiner les comptes des demandeurs en indemnité, — car c'est à eux d'apporter la preuve du préjudice —, et pour étudier les possibilités présentes et futures de l'exploitation. Il ne suffirait pas d'établir que celle-ci est déficitaire. Le concessionnaire ne peut prétendre, — sauf clause de garantie, — à être indemnisé du manque à gagner. Si la puissance publique doit, ici, intervenir, dit M. Chardenet, elle n'a pas à supporter seule les charges résultant des difficultés exceptionnelles rencontrées. Il y aura à dresser une *ventilation des charges ayant excédé la prévision des parties* : dans chaque espèce ce sera une question de fait et d'interprétation de la commune intention des parties. Et l'arrêt du 30 mars déclare : « cons... que si c'est à « tort que la Compagnie prétend ne pouvoir être « tenue de supporter aucune augmentation du prix « du charbon, au delà de 28 francs la tonne, chiffre « envisagé comme correspondant au prix maximum « du gaz prévu au marché... »

Les concessionnaires ne sont donc pas fondés à solliciter des tribunaux la fixation du cours du charbon, au-dessus duquel toute la surcharge retomberait sur la commune.

De plus, il y aura lieu de dresser le bilan par rapport, non pas à la seule période de la guerre, mais à la durée de la concession (1).

d'une dépense moyenne de 1.700.000 francs de travaux pour l'extension de la consommation (V. Mémoire du Préfet de la Seine du 17 décembre 1917, au sujet des travaux complémentaires à elle demandés (pour 1918, et s'élevant à 4.500.000 francs). Or, au delà de 1.700.000 francs toute dépense, de ce chef, devait être mise à la charge de la Ville de Paris.

1. En ce sens M. BERTHÉLÉMY ; M. G. DESBATS (*Rev. gén. d'Adm.*, janv.

Serait-il vraiment équitable de condamner une ville dès maintenant et irrévocablement, à supporter une partie des pertes subies par son concessionnaire dont, en aucun cas, elle ne partagera les bénéfices éventuels, alors que le caractère forfaitaire du marché paraissait la garantir contre les surprises ?

L'indemnité d'imprévision sera donc simplement subsidiaire : permettre la continuation, ininterrompue, du fonctionnement du service, mais sans procurer de bénéfice sous forme de dividende. Il est légitime qu'elle porte seulement sur le *damnum emergens*, non sur le *lucrum cessans*, qu'elle soit provisionnelle, remboursable au cas où la situation du concessionnaire, améliorée par le retour à des conditions économiques normales, le mettrait à même de la restituer, soit à la fin de la guerre, soit en fin de concession. Et il n'y a *pas contradiction* avec l'idée de rémunération régulière, de calcul honnête : en effet, à raison de leur importance et de leurs répercussions, il n'est possible d'établir exactement le montant des pertes résultant des circonstances actuelles, qu'une fois connu le résultat de l'entreprise entière. Ce n'est donc qu'à la fin de celle-ci, toutes les opérations terminées et le bilan intégral dressé, que l'on pourra dire, en droit et en équité, si les rémunérations obtenues successivement

fév. 1917). — Contra, M. DE LA TASTE : pour M. DE LA TASTE le droit à indemnité naît « dès que la prévision est dépassée et l'imprévision survenue. Peu importe que l'imprévision entraîne ou non des pertes, qu'elle survienne après ou avant la réalisation des pertes. » Et il refuse de mettre en balance les bénéfices passés et futurs. Une telle conception aboutirait à cette conséquence inadmissible d'accorder au concessionnaire tous les avantages, de laisser à la ville toutes les pertes. Jamais le Conseil d'État, dont se réclame l'honorable avocat, n'a sanctionné pareille conception.

par le concessionnaire l'autorisaient à prétendre à une indemnité, et s'il serait injuste de lui laisser, définitivement et exclusivement, le fardeau du déficit subi pendant une période transitoire et exceptionnelle.

En d'autres termes, il y a lieu à ouverture d'un compte d'attente et de compensation, dont le règlement s'opérera dans des conditions à déterminer par l'entente amiable des parties, ou, à défaut, par le juge. Si le juge intervient il ne refusera pas le contrat, il fixera seulement l'indemnité qui incombe à la commune si elle continue d'exiger le fonctionnement du service.

Qu'arrivera-t-il si la Compagnie ne se contente pas de l'évaluation judiciaire (en dernier ressort et ayant force de chose jugée)? Le concédant, par ses propositions, rend injustifiable la prétention du concessionnaire d'être dispensé de l'exécution de ses engagements; dès lors, il est en droit d'user des sanctions qui résultent normalement du contrat et seraient opposables — abstraction faite des circonstances exceptionnelles actuelles — à tout concessionnaire en faute: il peut demander aux tribunaux de prononcer la déchéance de la Compagnie avec dommages-intérêts à la charge de celle-ci, ou bien recourir au séquestre, ou encore à la mise en régie aux frais et risques du concessionnaire: dans ce dernier cas, au cours de l'exploitation ainsi continuée, il devra être fait état au profit de la Compagnie de l'indemnité qu'on jugerait équitable de lui accorder.

§ 2. — Conséquences à l'égard des villes. — Des principes dégagés, dérive cette conclusion que

les municipalités conservent : 1^o la faculté d'offrir aux concessionnaires, comme mode de compensation, *la combinaison de leur choix*, et même de l'imposer, sous les sanctions ci-dessus rappelées, pourvu que les tribunaux déclarent l'offre raisonnable et suffisante ; 2^o la faculté, faute d'entente, de résilier, sans indemnité, la concession.

S'il n'y a pas de transaction amiable entre les parties, c'est le conseil municipal qui déterminera les offres à présenter et la modalité à appliquer. Le Conseil de Préfecture les comparera aux pertes et risques qu'elles doivent atténuer dans une proportion équitable. « Si les pertes et risques, ainsi limités, sont sensiblement égaux à ceux qu'on pouvait loyalement redouter en contractant, le Conseil déclarera l'offre satisfaisante et la Compagnie suffisamment indemnisée » (1). Il faudra bien alors qu'elle s'incline, ou qu'elle subisse les conséquences normales d'un arrêt illégitime du service.

Mais il est nécessaire d'insister sur ce point : *seuls les conseils municipaux sont compétents pour substituer à l'indemnité en argent une autre combinaison* ; ils offriront, généralement, un relèvement de tarif, rejetant la charge sur les consommateurs de gaz. Le juge administratif aura-t-il le pouvoir de relever lui-même les tarifs de vente du gaz aux abonnés ? M. Chardenet s'est abstenu de discuter la question. Le Conseil d'Etat, dans la formule par lui adoptée, semble bien en écarter l'idée, et avec raison. Ce serait contraire à la nature juridique de la concession et des tarifs de services publics.

La distribution du gaz dans les villes pour la consommation, tant de la commune que des particuliers, est un service public proprement dit, au sens technique qu'a cette expression dans le droit public français moderne. Le fait que ce service public est exploité par un concessionnaire au lieu de l'être en régie, ne transforme pas l'exploitation en entreprise privée, ne change point le caractère de service public (1). Conséquence : son organisation est faite exclusivement par l'administration (2) et n'est de la compétence ni du concessionnaire ni des tribunaux ; le *tarif de consommation n'est pas un prix contractuel, mais* une partie de cette organisation, *un règlement*. A propos des tarifs de transports par chemins de fer, M. Hauriou écrit (3) que, une fois homologués, ils deviennent « de véritables règlements. Ce ne sont point des conventions passées entre la Compagnie et le public pour la rémunération d'un louage de service, ils sont comme des lois » ; par suite leur interprétation par le juge « doit être littérale ; on ne saurait par des conventions particulières, déroger à un tarif » (4). Par suite

1. Cf. Syndicat national des chemins de fer, 18 juillet 1913, Conseil d'Etat (RDP, 1913, p. 506, note 1) : M. HELBRONNER, c. du g. : « lorsque l'Etat, le département, la commune organisent un service public, soit qu'ils en assument directement le fonctionnement et l'exploitation, soit qu'ils les concèdent à des tiers ; c'est pour procurer à la collectivité la satisfaction de besoins généraux, auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction imparfaite et intermittente. »

2. Qui a le droit de « prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service » (C. d'Et., 11 mars 1910, Comp. gén. franç. des tramways, arrêt précité. V. Ch. II, § 2).

3. Droit administratif, 7^e édit., p. 46, note 2 ; dans le même sens MOREAU, le Règlement administratif, p. 28, note 1.

4. V. encore Cass., 5 janvier 1898, S. 98.1.361.

aussi, l'autorité administrative, seule compétente pour organiser le service public, est seule compétente pour modifier le tarif, et cela unilatéralement. Un tribunal ne peut se substituer à l'autorité administrative pour modifier un tarif, pas plus que le Conseil d'Etat au contentieux n'a compétence pour refaire un règlement de police (1).

Ainsi, d'une part, les gaziers sont sans droit pour exiger l'emploi de la méthode de relèvement ; d'autre part, les juridictions administratives sont sans pouvoir pour l'imposer. Le juge peut constater qu'on propose une offre raisonnable en augmentant le tarif, et décider même, si tel n'est pas son avis, qu'il faudra ajouter à cette offre telle indemnité pécuniaire, pour que la commune garde le droit d'exiger la continuation de l'exploitation. Mais relever d'office (2), ou modifier le relèvement offert, serait sortir de son rôle.

Ne voyant dans la concession qu'un simple contrat, dans le concessionnaire un simple entrepreneur d'ouvrage, au sens des articles 1179, 1787 à 1799 du Code civil ; et dans les tarifs de vente, un prix, certains Conseils de préfecture, notamment celui de la Seine-Inférieure (3), se sont arrogé le droit de *faire* un contrat en relevant d'autorité le prix de l'abonnement au gaz. Ils ont méconnu les principes juridiques de la matière. Le Conseil d'Etat annulera, sans hésitation, leurs arrêts.

1. M. JÈZE.

2. M. CHARDENET : « il ne s'agit pas d'imposer, par une décision de justice... un relèvement du prix d'abonnement... de refaire les tarifs..., pas davantage de prononcer... la rupture des contrats d'abonnements qui existent actuellement. »

3. 10 nov. 1915.

Enfin, si le relèvement offert par la municipalité est adopté comme compensation, il n'aura d'effet que pour l'avenir, soit à l'égard des consommateurs, soit à l'égard de la ville elle-même :

Certains gaziers ont émis la prétention d'obtenir des rehaussements de tarifs rétroactifs pour les communes, qui auraient à leur tenir compte des pertes subies, par le fait de la vente à l'ancien prix, à dater de la demande. C'est oublier les principes ci-dessus rappelés. Sans doute, la Compagnie peut dire que, sans rétroactivité, le tarif augmenté seulement pour l'avenir sera un dédommagement insuffisant. Le tribunal appréciera la valeur de cette argumentation. Mais elle ne peut imposer la rétroactivité, à moins que la ville n'y consente par stipulation expresse.

Mais, si le Conseil de préfecture trouve les offres insuffisantes ? Deux raisonnements sont alors possibles. La Compagnie : « je désire conserver le bénéfice de la concession pour l'avenir, et réclame seulement, pour le présent, une indemnité. Celle qu'on me propose est illusoire, je ne saurais en accepter la forme ni le quantum. D'autre part, comme je ne suis pas en faute, la déchéance, la mise en régie à mes risques ne peuvent m'atteindre. Dans ces conditions, il appartient au juge de déterminer, d'office, l'indemnité convenable que le conseil municipal refuse de m'accorder. »

La Ville : « Il est entendu que je ne suis contrainte à vous indemniser que si j'exige de vous la continuation du service ; sinon, vous êtes excusable de ne pas exécuter. Mais alors si vous n'exécutez pas, j'ai le droit de résilier. Pourquoi ? parce qu'il ne s'agit plus de déchéance ou de mise en régie, sanc-

tions normales d'une convention dont l'accomplissement est régulier ; il s'agit en réalité de la rupture d'un contrat, irrémédiablement bouleversé par des événements que nous n'avions pas prévus et dont tous deux nous nous plaignons. Aucun de nous n'est en faute, aucuns dommages-intérêts. Rompons purement et simplement. »

D'après M. Berthélémy, ce dernier raisonnement l'emporte, étant équitable, et, par conséquent, juridique : « Il est équitable que la doctrine de l'imprévision ne soit pas invocable au profit d'une seule des parties. » Si l'on accepte que le concessionnaire dise : « Si j'avais prévu le risque présent, je n'aurais pas traité, ou j'aurais traité avec des clauses différentes », il faut bien admettre, corrélativement, que la Ville réponde : « Si j'avais prévu que vous n'acceptiez point l'intégralité des risques, je ne vous aurais point promis l'intégralité des bénéfices. Nous nous sommes trompés : séparons-nous. »

En pratique, ce droit à la résiliation n'aura guère à jouer : sa seule menace servira de frein aux exigences excessives des gaziers ; les villes n'en useront pas à la légère, sans raisons sérieuses, car c'est se jeter dans l'inconnu, dans les chances, bonnes ou mauvaises, de l'exploitation en régie. Résiliant, elles estiment que les bénéfices futurs de leur liberté reconquise compenseront, et au delà, la surcharge provenant de la hausse extraordinaire du charbon. Si les événements démentent cette estimation, la résiliation aura tourné à l'avantage du concessionnaire.

D'ailleurs, celle-ci ne sera pas prononcée sans règlement de compte. On appliquera, *dans une cer-*

taine mesure (1), l'idée d'équilibre honnête : le contrat rémunérerait l'exécution des ouvrages et leur entretien, par une équivalence prévue entre ces ouvrages et les profits escomptables de l'exploitation pendant trente, quarante, cinquante ans. Si une concession, conclue pour cinquante ans, est résiliée pour inexécution sans faute au bout de dix ans, et si tous les ouvrages promis sont en construction achevée et en plein rendement, la Ville qui les reprend, aura l'obligation, non pas certes d'en restituer la valeur entière, mais au moins la part qui devait s'en amortir dans les quarante années à courir. Il y a une ventilation à opérer, une soulte à payer, un compte à régler, variable suivant les circonstances propres à chaque concession, « mais il n'y a pas à « ajouter de dommages-intérêts à la charge de la « Ville, pas plus que le refus de subir les conséquences de la hausse du charbon n'entraîne de « dommages-intérêts à la charge de la Compagnie ».

On a voulu introduire ces idées dans la loi. Avant d'étudier de près les propositions législatives, restent deux questions à examiner : la situation des consommateurs de gaz, l'accueil fait à l'arrêt du Conseil d'Etat par les Conseils de préfecture et par l'administration active.

§ 3. — Conséquences à l'égard des consommateurs de gaz. — L'arrêt est muet sur les rapports de la Compagnie et des consommateurs, et M. Chardenet écarte la question dès le début de son

1. Dans une certaine mesure seulement, puisque le droit à résiliation est fondé justement sur le refus de la compagnie d'accepter de courir l'intégralité des risques.

exposé : « Le débat n'est pas engagé avec les abonnés du gaz de la ville de Bordeaux et au surplus, « s'il l'avait été, vous n'auriez pu à leur égard que « décliner votre compétence ; c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient de connaître des difficultés, « auxquelles peuvent donner lieu des contrats d'abonnement. »

Il ne saurait y avoir de procès entre la Compagnie et les abonnés au sujet du rehaussement du prix maximum du gaz (modalité que revêtira le plus souvent l'avenant). Celui-ci est fixé, non par une clause du contrat individuel passé entre la Société et chaque abonné, mais bien par le tarif maximum fixé et prévu dans le cahier des charges, consenti par la municipalité. Ce tarif maximum regarde la Compagnie et la Ville, et non la Compagnie et les usagers. La municipalité cherche, en stipulant avec le concessionnaire, à défendre les abonnés, qui sont des habitants. Cette stipulation pour autrui (1) rentre dans le cadre des intérêts collectifs municipaux dont la sauvegarde incombe aux représentants légaux des villes, investis par la confiance de leurs concitoyens. La ville qui a stipulé pour les abonnés, lors de la passation du contrat initial, stipulera encore pour eux quand la modification de ce contrat sera rendue nécessaire par les événements. Il s'agit d'une opération financière, de gestion financière de la Ville. Aussi, s'il est bien entendu que les polices futures seront signées d'après le tarif nouveau, les abonnés n'en sont pas moins obligés d'acquitter

1. Et en partie aussi pour elle-même, puisque la Compagnie fournira de gaz également les services municipaux.

immédiatement, pour leurs polices en cours, le relèvement de prix, dès que ce relèvement a été consenti, en pleine connaissance de cause, par la municipalité.

La question s'est posée devant le tribunal de la Seine, (affaire Delille, 10 mai 1916) (1) : dans la commune de Neuilly, le prix du gaz, fixé autrefois au maximum de 13 centimes par mètre cube, a été relevé à 20 centimes en raison de la hausse du charbon et pour jusqu'à la fin des hostilités par l'avenant du 18 octobre 1915. Des affiches l'annoncèrent au public. Un abonné de la Compagnie d'éclairage, chauffage et force motrice, M. Delille, tout en continuant de consommer le gaz, refusa de payer la note au tarif nouveau. Il invoqua le contrat synallagmatique existant entre lui et la Société, aux termes duquel il s'était engagé à prendre le gaz pour une durée minimum d'une année, contrat qui s'était renouvelé, faute de dénonciation, par tacite reconduction. L'adoption d'un nouveau tarif, convenu entre la Ville et la Compagnie, était à son égard *res inter alios acta*, et ne lui était pas opposable.

Cette thèse a été repoussée : « Attendu, dit le jugement, « qu'il n'est pas contestable que, par application de l'article 1134 du Code civil, une police d'abonnement, comme toute convention, tient lieu de loi à ceux qui l'ont signée ; qu'il est exact, « d'autre part, que la police d'abonnement signée par les deux parties en cause stipule dans son article 2 « que le prix du mètre cube de gaz vendu aux particuliers est fixé à 0 fr. 16 centimes ; mais que cet article 2 ne peut pas être appliqué et interprété

1. V. *Rev. des Concessions*, juillet-nov. 1916, p. 288, avec les intéressantes conclusions de M. le substitut Regnault.

« séparément de l'article premier de cette même
« police, lequel dispose expressément que la Société
« est tenue de fournir le gaz dans les conditions du
« cahier des charges ; que la police d'abonnement
« tout entière doit être considérée comme dominée
« par cet article premier ; qu'il s'ensuit que le prix
« du gaz n'est fixé à 0 fr. 16 centimes le mètre cube
« qu'autant que le cahier des charges qui lie la com-
« mune concédante et la Société concessionnaire
« maintient ce prix de 0 fr. 16 centimes ; que du jour,
« au contraire, où la commune et la Société tombent
« d'accord pour modifier le prix de la fourniture du
« gaz, le nouveau prix se substitue à l'ancien et
« s'impose au signataire de la police comme une
« condition du cahier des charges. »

En affichant dans la commune les dispositions modificatives du prix du gaz, la Compagnie a dénoncé ses polices antérieures en tant qu'elles portaient engagement de fournir l'éclairage à l'ancien tarif. Cette dénonciation valait du jour fixé par le tarif-règlement nouveau, car la réserve s'en trouve faite par la police elle-même comme le jugement a soin de le mentionner. — Solution correcte (1), application du principe que le consommateur n'est qu'un usager d'un service public, bénéficiaire des avantages résultant du fonctionnement du service, dans les conditions *qui sont ou seront* fixées par les actes d'organisation. Ici encore, on constate l'importance capitale de la notion de service public, dont les répercussions sont infinies... On peut donc affirmer, avec le tribunal de la Seine, que *les abonnés du gaz ne sont pas*

1. En ce sens : MM. BERTHÉLÉMY, HAURIOU et JÈZE.

fondés à opposer les polices individuelles, signées en application d'un cahier des charges, dont la partie réglementaire est modifiée régulièrement par l'autorité compétente.

La Ville est donc l'intermédiaire obligé des rapports modificateurs entre la Compagnie et les particuliers. A cet égard, il convient de noter que la Compagnie du gaz de Bordeaux s'était adressée directement à la Ville, au lieu d'essayer d'imposer un relèvement aux particuliers, par l'effet de sa seule volonté. Beaucoup de concessionnaires n'ont pas imité son attitude correcte ; certains d'entre eux ont soulevé des prétentions inadmissibles : agissant comme s'ils eussent été de véritables administrations publiques, ils ont tout bonnement signifié, par la voie de la presse, que les circonstances les contraignaient à augmenter le prix du gaz ; en conséquence, ils couperaient le gaz aux abonnés qui refuseraient d'acquitter le nouveau tarif.

Des résistances devaient nécessairement se produire : un abonné, M. d'Allemagne, vit ainsi fermer son compteur ; il alla en référé devant le Président du tribunal civil, arguant que la Compagnie n'avait pas le droit de s'adjuger le bénéfice du provisoire pendant toute la durée du procès au fond : demanderesse quant au relèvement du prix, demanderesse elle devait rester jusqu'au jugement sur le fond ; par suite, elle ne pouvait se faire justice elle-même par décision provisoire, exécutoire immédiatement, car elle n'est pas une administration publique, bien que concessionnaire d'un service public. Le président du tribunal approuva cet exposé. Mais sur appel de la Compagnie, la Cour de Toulouse annula pour incom-

pétence l'ordonnance de référé (17 avril 1916), en prenant motif de la connexion avec un litige administratif engagé au fond, entre la Ville et la Compagnie devant le Conseil de préfecture (1). Cet arrêt a pour conséquence d'obliger tous les abonnés à acquitter, par avance, le nouveau prix du gaz, fixé arbitrairement par la seule Compagnie, en l'absence de toute libre discussion. Ils n'ont aucun recours et se voient refuser justice, car le président du Conseil de préfecture serait incompétent pour trancher la question en référé. En effet, d'après le quasi-référé administratif institué par loi du 22 juillet 1889, art. 24, il peut désigner d'urgence un expert pour dresser des constatations pressantes, mais cette disposition ne s'applique qu'à l'exécution des marchés de travaux publics, dans les rapports de l'entrepreneur et de l'administration. Doctrine unanime à cet égard (2).

En résumé, le seul droit qu'ait reconnu l'arrêt du Conseil d'Etat aux Compagnies gazières, est de subordonner l'exécution de leurs engagements à l'obtention d'une indemnité. Celle-ci, à défaut de transaction amiable, sera fixée, à dire d'experts, par la juridiction administrative, mais sans être la représentation de la perte intégralement subie ou à subir par le fait de la hausse anormale du charbon ; la Com-

1. *Rev. des Concessions*, 1916, p. 285 ; S. 1916. 2. 36 et note de M. HAU RIOU.

2. LAFERRIÈRE, t. I, p. 374 ; TEISSIER et CHASPAL, *Traité de la Procédure devant les Cons. de préfecture*, p. 165 ; M. JACQUELIN à son cours. De plus, à supposer que le quasi-référé administratif malgré son caractère exceptionnel eût été applicable, le président du Conseil de préfecture aurait pu seulement faire constater la fermeture du compteur, mais non en réordonner la réouverture, c'est-à-dire remettre l'abonné en possession du gaz jusqu'au jugement définitif sur le litige administratif, car le président du Conseil de préfecture n'a aucun pouvoir d'injonction.

pagnie conserve à sa charge les pertes, dans la mesure la plus large où l'on pouvait prévoir les risques de hausse, mesure variable avec chaque espèce : on tient compte de la durée des avantages présents, passés et futurs des concessions.

Comme compensation équitable des pertes imprévues subies par les Compagnies, les villes ont la faculté de proposer toutes sortes de combinaisons, combinaisons qui ne peuvent être imposées d'office par le juge. Si le juge déclare les offres satisfaisantes, le concessionnaire doit s'incliner ou subir les conséquences habituelles de l'inexécution du contrat. Insuffisantes, le juge aura le pouvoir d'ajouter ou d'y substituer une indemnité pécuniaire, établie par expertise. Mais alors, les communes ont la faculté de réclamer la résiliation, sans dommages-intérêts de part ou d'autre, sous réserve de règlement de compte.

Enfin, les modifications aux tarifs sont imposables aux abonnés, comme toutes les dispositions d'ordre réglementaire des concessions.

§ 4. — Attitude *a*) des Conseils de préfecture.

— Quelle a été l'attitude des Conseils de préfecture et de l'administration à l'égard de l'arrêt du 30 mars 1916 ?

Quelques Conseils de préfecture (1) ont refusé de s'incliner, faisant appel à l'article 1134. La conces-

1. Alpes-Maritimes, 3 juin 1916 ; Basses-Pyrénées, 19 septembre 1916 ; Hérault, 8 juillet 1916 (il est vrai qu'il y avait là une clause d'après laquelle la compagnie ne pourrait prétendre à aucune indemnité ou augmentation de prix pour élévation extraordinaire dans le prix des matières servant à la fabrication du gaz, ou pour tout autre cas prévu ou imprévu).

sion est un contrat aléatoire et forfaitaire, intangible et immuable, qui lie le concessionnaire, obligé d'en subir rigoureusement les conditions, pendant toute la durée de la convention. Cette durée permet de prévoir les pires aléas et les plus amples fluctuations dans tous les sens, de profiter des chances favorables comme de supporter les chances mauvaises. Seule la force majeure, en empêchant l'exécution d'une manière absolue, peut délier le concessionnaire de ses obligations.

Cette argumentation n'est pas nouvelle : on la trouvait déjà dans les arrêtés des Conseils de préfecture qui, avant le 30 mars 1916, avaient rejeté les demandes des Compagnies gazières ; on la trouvait aussi dans le Mémoire de la ville de Bordeaux devant le Conseil d'Etat. Elle dénote une connaissance incomplète du droit administratif : sans aucun doute l'article 1134 fait, en matière administrative comme en matière civile, un devoir au juge de respecter les conventions des parties et d'en assurer l'exécution. L'erreur de ces tribunaux réside, non pas dans l'affirmation, incontestable, de ce principe, mais dans la méconnaissance de la notion de service public, du caractère spécial de la concession et des obligations particulières qui en découlent pour le concessionnaire.

Leurs arrêtés sont déférés à l'heure actuelle au Conseil d'Etat qui maintiendra certainement sa jurisprudence, peut-être en y ajoutant certaines réserves que paraîtrait comporter telle ou telle espèce. La persistance d'une erreur aussi grande, l'importance des procès de concessions, posent ou poseront d'ici peu, à nouveau, le problème souvent discuté,

jamais résolu, de la réorganisation des Conseils de préfecture (1).

La majorité a reconnu le droit à indemnité du concessionnaire, dont l'exploitation était rendue déficitaire par les événements (2), mais, quand il a fallu faire état des bénéfices réalisés dans le passé et des gains à réaliser dans l'avenir, des divergences se sont produites : quelques tribunaux ont admis que la perte actuelle devait être compensée par les profits déjà acquis et espérés ; d'autres que, s'il fallait tenir compte des bénéfices futurs, dans le passé il ne fallait faire état que des réserves disponibles ; d'autres enfin, plus timides, n'ont pas compris comment on pourrait tabler dès maintenant sur des gains incertains, et se sont bornés à prendre en considération les bénéfices anciens ou seulement les réserves disponibles.

Ainsi le *Conseil de Préfecture de la Seine* déclare, le 21 novembre 1916 (3) : le fait que l'ouverture d'un droit à indemnité est subordonné à l'apparition de pertes anormales n'implique pas que, cette condition une fois remplie, l'intégralité du déficit constaté doive être mise à la charge de la commune. En effet, il ne saurait être jugé conforme à la bonne

1. V. G. Jèze, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1910.

2. Loiret, 13 juin 1916 ; Seine-Inférieure, 1 juillet 1916 ; Marne, 15 juillet 1916 ; Gers, 18 juillet 1916 ; Charente, 1^{er} août 1916 ; Corse, 4 août 1916 ; Hérault, 11 août 1916 ; Côtes-du-Nord, 8 août 1916 ; Calvados, 1^{er} septembre 1916 ; Eure, 11 nov. 1916, etc. Celui du Calvados : « Cons. « qu'il y a lieu, dans un but de paix et d'ordre public, d'aboutir au *modus vivendi* le plus acceptable pour les contractants, en délimitant, avec le moins « d'arbitraire, la part d'aléa qui peut être raisonnablement considérée comme « d'ordre économique et restant par suite à la charge du concessionnaire. »

3. Société d'éclairage contre Commune d'Alfortville. V. *Rev. des comm. cess. précitée*. 100-508 27/11/16

foi, ni à la commune intention des parties, que le concessionnaire, qui s'est engagé à ses risques et périls se trouve subitement dégagé, en raison d'événements totalement étrangers à l'action de son concédant, et dont ce concédant souffre au moins autant que lui-même.

Cette solution ferait du concessionnaire un régisseur désintéressé, indifférent à la bonne gestion du service public ; elle serait encore inéquitable en ce que, ne tenant compte ni des réserves faites antérieurement à la guerre, ni des plus-values qu'apporteront les années postérieures par l'effet du développement économique qui suivra la conclusion de la paix et qui doit être escompté particulièrement dans la banlieue parisienne, elle laisserait supporter les conséquences onéreuses, nées de l'imprévision des deux contractants, à celui d'entre eux seul qui n'est appelé à profiter que médiocrement de l'accroissement du gaz, jusqu'à la fin de la concession. Il apparaît au Conseil que « la solution la plus adéquate aux circonstances eût pu être trouvée dans une entente amiable qui, soit à titre principal, soit corrélativement à un relèvement modéré des tarifs de consommation, aurait comporté l'ouverture, par le concédant à son concessionnaire, d'un compte d'avances réalisables au fur et à mesure de la constatation de pertes d'exploitation et remboursables après que la situation sera redevenue normale, et suivant des modalités à déterminer, tant sur les bénéfices des années à venir jusqu'à la fin de la concession que sur les réserves du passé restées disponibles. »

Pour allouer, à la Société demanderesse, une

indemnité qui lui sera définitivement acquise, le Conseil de préfecture doit donc faire une estimation approximative des avantages que le marché, « considéré dans son ensemble », procure au concessionnaire ; il faudra les mettre en balance avec les conséquences onéreuses de la période anormale, et en déduire la proportion des pertes qu'il y a lieu de mettre à la charge de la commune, pour permettre la continuation nécessaire du service public. Or, cette interprétation raisonnable, exigeant une « connaissance approfondie des conditions de l'exploitation, des résultats du passé, de ceux qu'il est légitime de prévoir, et des possibilités ainsi ouvertes à la Société concessionnaire de se procurer des ouvertures de crédit », ne saurait être donnée par le Conseil sans une expertise préalable.

b) **Attitude de l'administration.** — α) *Circulaire du Ministre des Finances, 27 juin 1916.* — A la suite de l'arrêt du gaz de Bordeaux, les administrations publiques ont hésité sur la conduite à tenir. Une circulaire de la Direction générale de la comptabilité publique du Ministère des Finances a paru, à la date du 27 juin 1916, après enquête auprès de tous les Ministères. Elle est relative aux demandes de révision des marchés, formulées par les fournisseurs en raison du bouleversement économique produit par la guerre. La circulaire rappelle la jurisprudence constante d'après laquelle l'état de guerre ne constitue pas en lui-même un cas de force majeure, les marchés devant recevoir leur application lorsque l'exécution n'est pas impossible. Par suite, « à moins de clauses spéciales de son contrat », le titulaire

d'un marché ne peut invoquer, pour se soustraire à ses obligations, la réduction du bénéfice espéré, l'aggravation des frais généraux, la raréfaction de la main-d'œuvre, des matières premières, des marchandises, des transports... Il se trouve, à cet égard, exactement dans la même situation que l'entrepreneur de travaux publics et le concessionnaire de services publics.

Le Ministre des Finances, affirme que l'arrêt du Conseil d'Etat paraît « marquer une évolution dans le sens d'une restriction des personnes publiques », à réclamer le bénéfice de cette jurisprudence. Il insiste sur le caractère d'espèce de la décision : « cas particulier dans lequel la relation entre le prix de cession du gaz et le prix de revient du charbon, ressortait explicitement du contrat lui-même ». Il appuie sur la distinction faite avec beaucoup de force par M. Chardenet entre la concession et les marchés de fournitures, mais reconnaît, en pratique, la nécessité d'adoucir la rigueur des contrats, la nécessité, pour les administrations, de s'inspirer des principes consacrés par la Haute juridiction. « Il ne « serait pas équitable de faire supporter par les adju-

1. Au Ministère de la Marine, la Direction centrale des constructions navales, puis la sous-commission commune des marchés avaient pensé à une formule uniforme pour répondre à l'esprit des Instructions du Ministre des Finances : pour chaque marché, le bénéfice normal supposé prévu par le fournisseur pouvant être évalué à 10 0/0 de sa valeur, une réduction de ce bénéfice à 7 0/0 serait considérée comme ne dépassant pas les pertes résultant des aléas compatibles avec l'exécution du marché.

Cette règle eût été d'une application facile, mais elle est trop simpliste pour une question si complexe, où chaque cas envisagé demande une solution spéciale. Il ne paraît pas admissible, ni en droit ni en fait, — le taux qu'elle comporte n'ayant qu'une valeur d'approximation, — de l'adopter comme base uniforme. Aussi, le 27 nov. 1916, le Ministre décida qu'il se réservait de statuer sur chaque cas.

« dicataires des pertes hors de proportion avec
« celles dont ils pouvaient raisonnablement prévoir
« l'éventualité. Il n'est pas non plus de l'intérêt bien
« compris des services publics d'exiger de leurs
« fournisseurs une collaboration ruineuse pour ces
« derniers ». M. Chardenet n'a pas dit autre chose
en parlant des concessions ; c'est donc la reconnais-
sance des observations d'ordre général, présentées
par l'éminent commissaire du gouvernement : cha-
cun des contractants devra consentir des sacrifices,
assumer une part des charges nouvelles créées par
une situation exceptionnelle.

« Il paraît donc légitime, le cas échéant, lorsqu'on
se trouve en présence de justifications probantes et
précises, d'accorder au besoin des indemnités. » La
circulaire de la Marine du 24 novembre 1914 avait
déjà adopté ce point de vue ; la circulaire des
Finances le complète : « Toutefois les majorations
« de prix ainsi concédées ne doivent pas tendre à
« assurer au fournisseur un bénéfice égal à celui qu'il
« escomptait au moment de traiter. *Le surcroît de*
« *charges dû aux circonstances doit, en effet, être con-*
« *sidéré pour partie comme entrant dans les aléas*
« *normaux des marchés et restant, par suite, à la*
« *charge des fournisseurs.* »

Pour cette raison, pas de résiliation en principe,
en dehors du cas de force majeure, sans indemnité
au profit de l'Etat. Il serait inadmissible de rejeter
sur l'Etat toutes les conséquences des difficultés
rencontrées dans l'exécution des contrats ! « *D'ail-*
« *leurs, la rupture du lien contractuel ne saurait*
« *être acceptée toutes les fois qu'elle risquerait d'en-*
« *traver la marche des services publics ; la solution*

« qui s'impose en pareil cas est de tenir la main à
« l'exécution du marché, moyennant l'octroi au four-
« nisseur d'une juste compensation. »

C'est la répétition, sous une forme différente, de la formule consacrée par le Conseil d'Etat ; celui-ci avait laissé la porte ouverte à tous les arrangements, fait la part des circonstances propres à chaque espèce, indiqué de tenir compte de tous les éléments en cause ; la circulaire précise, en adoptant la conception exposée plus haut : pour fixer le relèvement de prix, on examinera non seulement l'excédent des charges dépassant le maximum des difficultés ou de l'amplitude prévisible des variations économiques, mais encore les gains effectués pendant telle période de l'accomplissement du marché et qui seraient susceptibles de compenser les pertes réalisées pendant telle période (1). Enfin, on prendra des précautions pour maintenir les concessions dans de justes limites : pour les marchés de longue durée il conviendra, en prévision du retour ultérieur à une situation plus normale, ou bien de remettre la fixation de l'indemnité à l'expiration du contrat, ou à la fin de la guerre ; ou bien de stipuler, pour l'administration, la faculté de diminuer les nouveaux prix, si le coût de la matière première ou de la main-d'œuvre fléchit ; ou bien encore de décider la remise en vigueur des anciens tarifs, dès la fin des hostilités ou dans un certain délai après cette époque.

En somme, la circulaire des Finances s'incline

1. « On fera état, en outre, non pas du cours commercial des matières premières, mais du prix de revient effectif des approvisionnements mis en œuvre. »

devant l'arrêt du 30 mars 1916, en tire les conséquences logiques, mais on sent une certaine résistance, motivée par le souci de sauvegarder les intérêts du Trésor.

β) *Circulaire du Ministre de l'Intérieur, 19 août 1916.* — La résistance paraît plus sensible dans la circulaire du Ministre de l'Intérieur, en date du 19 août 1916, inspirée par la nécessité de défendre les intérêts des communes :

« *Quoi qu'on puisse dire de l'application nouvelle*
« *en matière de traités de concessions d'une jurispru-*
« *dence bien connue en matière de travaux publics,*
« *si on est obligé de s'y soumettre, il n'est cependant*
« *pas interdit de penser que le droit du concessionnaire*
« *à une indemnité doit être subordonné à certaines*
« *considérations, telles que celles du prix auquel il*
« *a payé ou paye réellement le charbon, s'il a béné-*
« *ficié ou bénéficie encore de marchés avantageux*
« *conclus avant les événements, des avantages qu'il*
« *retire de la vente des sous-produits, dont les prix*
« *ont certainement suivi une hausse parallèle, — de*
« *la situation financière actuelle de l'entreprise, —*
« *des gains qu'elle a pu réaliser dans le passé, et*
« *surtout de ceux qu'elle pourra encore réaliser*
« *dans l'avenir, d'après le temps restant à courir de*
« *la concession.*

« Il est certain en effet que, dans les *contrats* de
« ce genre, dont il ne faut pas perdre de vue le *carac-*
« *tère aléatoire* et dont les opérations se déroulent
« dans le temps, *ce n'est qu'à la fin de la concession*
« *qu'il sera possible de calculer exactement les*
« *conséquences de l'imprévision, en les comparant*
« avec les bénéfices ultérieurs qui pourront les avoir

« plus ou moins largement, ou suffisamment com-
« pensées.

« Si important qu'il soit, l'arrêt du Conseil d'Etat
« reste donc jusqu'à présent un *arrêt d'espèce*, d'au-
« tant plus que la Haute Assemblée paraît avoir tenu
« compte de ce qu'un maximum de hausse des prix
« du charbon avait été expressément envisagé par
« les contractants et que ce maximum avait été con-
« sidérablement dépassé.

« Il en résulte que, suivant les termes du contrat
« et suivant *les circonstances de fait*, les *Municipa-*
« *lités soucieuses de sauvegarder leur responsabilité*
« *vis-à-vis de leurs commettants et des tiers abonnés,*
« *peuvent estimer avec raison qu'il est de leur intérêt*
« *de résister aux prétentions élevées contre elles, et*
« *généralement de soumettre leur cause à l'arbi-*
« *trage (1) des tribunaux et des experts, devant*
« *qui les concessionnaires sont tenus de produire*
« *leurs livres, comptes et bilans, pour établir d'abord*
« *leur droit à une indemnité, et, ensuite pour la fixa-*
« *tion équitable de cette indemnité* ».

Il appartiendra au Préfet de donner des conseils
aux Villes, en s'inspirant de ces diverses considéra-
tions, et de les défendre contre les prétentions exagé-
rées des Compagnies.

1. Cf. circulaire du Ministre de l'Intérieur du 27 mai 1916 qui rappelle que, conformément au principe posé par l'art. 1003 du Cod. de proc. civ., la commission d'arbitrage instituée par décret du 20 mars 1914 ne pourra examiner une affaire que si les intéressés sont d'accord pour lui soumettre le litige et s'engagent formellement et sans réserve à accepter son avis ; en d'autres termes, elle préparera une transaction qui mettra fin au différend. Ainsi la circulaire recommande au comité d'arbitrage de s'inspirer, moins des règles strictes du droit, que des considérations d'équité. C'est là l'essence et le but de l'arbitrage. Mais peut-on, devant le refus d'une des parties, imposer, au nom de l'équité, un arbitrage judiciaire ? La jurisprudence nouvelle s'engage hardiment dans cette voie, avec l'arrêt du 30 mars 1916.

Les demandes des concessionnaires devront être l'objet de « l'examen le plus attentif et le plus approfondi, *dans tous les cas* », même lorsqu'il s'agira de simples conventions réservant tous les droits des parties en justice, et ayant pour but principal, dans la pensée des Municipalités, d'éviter la fermeture d'une usine et les difficultés d'une régie consécutive.

La circulaire du 19 août s'incline donc, comme celle du 27 juin, devant l'arrêt du Conseil d'Etat ; insiste sur son caractère d'espèce, examine les conséquences possibles, mais semble inviter les municipalités à résister aux concessionnaires et les préfets à soutenir les municipalités dans leur résistance, souvent d'ailleurs justifiée : on a déjà dit que les concessionnaires avaient conçu des espérances excessives sur l'arrêt du 30 mars. Tous ceux qui avaient traité avant la guerre avec les communes s'en sont autorisés, quels qu'ils soient et quel que soit l'objet du contrat, pour réclamer la révision de leurs prix : concessionnaires des pompes funèbres, des tramways, des eaux, du gaz, de l'électricité, etc. On comprend que la plupart des villes, dont la guerre a embarrassé la gestion, aient protesté contre pareils agissements. Celles qui ont cédé ne l'ont fait que sous les plus expresses réserves ; par exemple le maire de Bordeaux, dans son rapport au Conseil municipal, disait :

« Le Conseil municipal de Bordeaux, s'appuyant
« sur les clauses d'un cahier des charges librement
« consenti, fort de l'arrêt du Conseil de Préfecture
« qui justifiait sa résistance aux réclamations de la
« Compagnie générale d'éclairage, est aujourd'hui
« contraint, par décision de la Haute Assemblée, dont

« les arrêts sont sans appel, de venir en aide à son concessionnaire...

« Ce n'est donc pas, Messieurs, sans être contraints, que nous sommes résignés à imposer aux consommateurs du gaz une pareille surcharge, même momentanée, même provisoire. Nous espérons d'une part, que la vigilance de nos contrôleurs, d'autre part, qu'une solution définitive obtenue par accord amiable ou une décision de justice, amélioreront un état de choses que nous ne subissons qu'en protestant énergiquement contre ses conséquences.

« Notre ville, un de nos collègues l'a très justement fait observer au cours de nos longues discussions où nous avons tour à tour envisagé toutes les faces du problème et toutes les éventualités qui pourraient résulter de sa solution, — notre ville a le triste privilège d'ouvrir la voie, où devront s'engager à sa suite toutes les communes que la décision du Conseil d'Etat va forcément atteindre.

« Nous aurons à examiner s'il ne conviendra pas, ainsi que le proposent déjà un certain nombre de maires, d'opposer au puissant consortium des gaziers, le consortium des municipalités. »

§ 5. — **Propositions législatives.** — a) *Delaroue-Viollette*. — C'est dans le but de protéger les municipalités que MM. Delaroue et Viollette, députés, déposèrent, le 7 juillet 1916 (1), une proposition de loi tendant à « la résiliation facultative pour les communes des contrats passés par elles, dans le cas

1. Doc. parlem. Ch. des dép., n° 2300 (1916).

où l'augmentation du prix aurait été prononcée par décision de justice. » En voici l'article unique :

« Les marchés et contrats communaux seront résolus si la commune le demande, lorsque l'autre partie aura obtenu, par une décision de justice, une augmentation de prix ou d'indemnité, à raison de l'état de guerre, qui aurait rendu plus lourde l'exécution de ses charges ou lui aurait causé un préjudice dont l'importance dépasse de beaucoup les prévisions qui pouvaient être raisonnablement faites à l'époque de la convention ; cette résolution sera de plein droit, sans dommages-intérêts à la charge de la commune, et prononcée par les mêmes juges qui auront accordé cette augmentation du prix ou cette indemnité ; l'action de la commune sera prescrite dans un délai de trois ans, à dater du jugement définitif qui aura accordé l'augmentation du prix ou l'indemnité. »

Dans l'exposé des motifs MM. Delaroue et Viollette reprennent les critiques de M. Duguit ; celles-ci ayant été étudiées précédemment, il n'y a pas à y revenir. Puis, ils déclarent : l'une des parties a obtenu, sur la question du prix, la révision du contrat ; l'autre aura, par voie de conséquence, le droit d'en réviser la durée, c'est-à-dire d'en demander la résolution. « De ma part, c'eût été injuste et impossible, si vous aviez exécuté vos obligations. En « quoi cette demande de résolution sera-t-elle « injuste, si, de votre côté, vous avez obtenu la « révision du prix ? Donc cette demande en justice « doit être possible pour moi. »

Action facultative. La commune examinera si la résiliation lui serait onéreuse ou utile, en tenant compte des conditions plus ou moins dures qui lui auront été faites par la décision du juge « accordant le relèvement de prix ou l'indemnité ».

Conclusion : « Le Conseil d'Etat a renvoyé les parties à s'entendre à l'amiable. Une entente amiable entre un homme armé de l'arrêt de Bordeaux et un autre homme désarmé et tout nu, à l'heure qu'il est, est une ironie. Mais une entente amiable dans laquelle la commune imposera à son co-contractant la considération de la durée de la concession et les bénéfices à venir, deviendra plus libre. »

MM. Delaroue et Viollette sont convaincus que leur article n'aura guère d'application, si les communes peuvent d'avance s'en réclamer, au cas où l'accord n'interviendrait pas.

Cette proposition a été appréciée sévèrement par M. Jèze (1), qui l'a qualifiée de « révolutionnaire » : son vote aurait de graves conséquences pour les Compagnies obligées, ou bien de continuer à fournir à perte, — et c'est la ruine ; ou de liquider dans de mauvaises conditions, — et c'est également la ruine. Les capitaux, engagés dans ces entreprises, montent souvent à plusieurs millions ; semblables mesures infligeraient un désastre, non seulement aux actionnaires, mais peut-être même aux obligataires, pour la plupart de petits épargnants (2). « Est-il admissible, déclare M. Jèze, « que, dans un Etat civilisé, le Parlement menace de ruine ou de lourde

1. *R D P.* 1916, p. 396. — V. encore *Le Temps*, 4 juin 1917.

2. C'est l'un des arguments qu'avait présentés M. Boivin-Champeaux, V. Ch. IV § 4.

« ~~perdre~~ une catégorie d'individus en vue de les
« détourner de s'adresser aux tribunaux?... N'est-ce
« pas de l'anarchie que de menacer le plaideur qui a
« eu l'audace de s'adresser au juge, et l'audace plus
« grande encore d'obtenir gain de cause ? »

En réalité, dans l'argumentation des honorables députés il faut faire abstraction des vivacités de style (il est difficile de comparer la ville de Bordeaux à un homme tout nu), de l'erreur d'après laquelle l'arrêt du Conseil d'Etat constituerait un arrêt de règlement, de l'erreur d'après laquelle la décision du juge pourrait comporter un relèvement de prix (seul le concédant estime s'il y a lieu d'indemniser sous la forme d'augmentation de tarif). Quant à la « considération de la durée de la concession et des bénéfices à venir », M. Chardenet, dans ses conclusions, ne l'a pas repoussée ; il a dit simplement : tenir compte de tous les éléments.

Ces observations à part, on constate que le fond de la proposition est l'application législative de l'idée, déjà exposée (1), que l'imprévision ne doit pas jouer en faveur d'un seul. L'une des parties l'invoque pour obtenir la révision du prix ou une indemnité, afin de continuer l'exploitation du service ; l'autre doit être à même de l'invoquer à son tour et de réclamer la résiliation, pour refus d'accepter l'intégralité des risques. Le Conseil d'Etat contraint la Ville à offrir une compensation, *si elle veut garder la possibilité d'exiger le fonctionnement du service par le concessionnaire. La Ville renonce à ce droit, et ainsi tombe la question d'indemnité.* En pratique, la menace

1. M. BERTHÉLÉMY, V. même chapitre § 2.

d'une résiliation éventuelle permettra aux municipalités de traiter avec les Compagnies sur un pied d'égalité.

b) *Faillot*. — Les 27 et 28 juillet 1916, la Chambre des députés discutait une proposition de loi de M. Faillot.

Le 12 août 1915 (1) M. Faillot avait déposé une proposition, ayant pour but d'instituer une juridiction arbitrale en matière de marchés commerciaux à livrer, passés avant la guerre. Motifs : le caractère des hostilités actuelles qui ont modifié incontestablement, de façon imprévue, la nature des prestations promises dans la plupart de ces marchés ; d'autre part, l'absence d'une jurisprudence civile ou commerciale conforme aux exigences de la situation, les tribunaux étant restés le plus souvent fidèles à leur interprétation restrictive de la force majeure (2).

Nos alliés italiens ne viennent-ils pas de décider

1. Doc. parlam. Ch. des Dép., 1915, n° 1215.

2. V. notamment : trib. de la Seine, 9 mars 1915 (*Gaz. Trib.*, 27 juin 1915) ; *id.* 4 mai 1915 (*Gaz. Trib.* du 30 mai) ; *id.* 15 juin 1915 et 30 juillet 1915. Cass., 4 août 1915 (S. 1916. 1. 17 et note de M. Wahl). Cour d'Appel de Bordeaux, 18 janv. 1915 (*Lois Nouv.*, 2^e partie, p. 78 ; de Paris, 8 janv. 1916 (S. 1916. 2. 39) ; de Poitiers, 12 juillet 1915 (S. 1916. 2. 1).

Cependant certaines décisions ont paru admettre que la guerre présente constitue un cas de force majeure, et ont renvoyé devant arbitre pour appréciation des dommages-intérêts, s'il y a lieu (Trib. civ. de Loches, 21 janvier 1915 (*Gaz. Trib.*, 30 mai) et divers jugements du Trib. de com. de la Seine, entre autres : Société de carbonisation c/ Société des produits chimiques de Saint-Gobain, 15 juin 1915.

On voit des minotiers réquisitionnés par les services d'intendance pour partie de leur production, qui objectent ne pouvoir livrer les farines promises par un contrat antérieur, et sont assignés ; — des directeurs de théâtre, gênés pour payer la location de ces immeubles et qui invoquent une fermeture temporaire ordonnée par l'autorité ; — des couturiers et tailleurs de luxe ne pouvant plus occuper aux forts salaires les ouvriers d'élite et leur signifiant congé ou réduction d'appointements ; — des industriels vendeurs de marchandises et produits divers, invoquant des motifs de toute nature, etc...

nettement, en conformité de traditions juridiques prépondérantes chez eux, que « la guerre est considérée comme force majeure, non seulement lorsqu'elle rend la prestation impossible, mais aussi lorsqu'elle la rend excessivement onéreuse » (Décret du 27 mai 1915) (1).

N'est-il pas, en effet, conforme à l'équité et à la raison d'interpréter les clauses d'un contrat par rapport à la situation qui l'a vu naître, et « n'est-il « pas inique, au contraire, que puisse résulter d'un « événement exceptionnel équivalent en l'espèce à « un coup de dé, l'occasion de ruines et de fortunes « qui surprennent à la fois la victime et le favori « risé ? » (2)

Trois facultés étaient laissées aux juges ou arbitres : reviser la convention, en prononcer la résolution, ou en suspendre l'exécution pendant un délai qu'ils détermineraient.

Dans une deuxième proposition, du 22 février 1916 (3), M. Faillot renonçait à l'institution de juridictions spéciales et acceptait le recours aux juridictions de droit commun, sous réserve de simplifications de procédure et de réductions de frais. Il maintenait la possibilité de révision pour chaque espèce, mais avec la plus extrême prudence : le tribunal aurait la mission non pas d'imposer, simplement d'indiquer aux parties les suggestions qui lui paraîtraient équitables : faute d'accord des plai-

1. V. COGLIOLO, *Legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale, comma parte speciale sopra la colpa, i danni, la forza maggiore* (Turin, 1916).

2. M. Faillot rappelait, en outre, les articles du Code civil dont on a fait trop bon marché (V. ch. IV, § 6).

3. Doc. parlém. Ch. des Dép., 1916, n° 1834.

deurs sur ces bases dans un court délai, la résiliation serait prononcée; — cette fois sans indemnité. L'offre de révision ne jouerait qu'un rôle d'astreinte modérée. Dans tous les cas, subsistait l'idée inspiratrice du texte primitif.

En raison des répercussions qu'elle était susceptible d'entraîner, cette proposition fut successivement étudiée par le Comité de législation commerciale du Ministère du Commerce et par le Comité consultatif de législation civile au Ministère de la Justice. Dans ses grandes lignes, elle recueillit l'adhésion du gouvernement. Rapport de M. Faillot à la Commission du Commerce et de l'Industrie (1). Avis favorable, au nom de la Commission de législation civile, par M. Lémery (2); dans cet avis documenté, M. Lémery mettait en parallèle la notion civiliste de la force majeure et la théorie administrative de l'imprévision (3); il concluait à la nécessité d'assouplir, et d'adapter aux circonstances résultant de la tourmente actuelle, des solutions déjà contenues dans notre Code. A l'impossibilité absolue d'exécution, seule invocable comme cause d'exonération du débiteur dans la théorie classique de la force majeure, la proposition assimile « la difficulté extrême de l'exécution ou la charge trop lourde, telles qu'on ne

1. N° 2139; rapport supplémentaire, n° 2918 avec annexes.

2. N° 2215. Titre nouveau: proposition de loi relative aux marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant la guerre.

3. « Le Conseil d'Etat exclut des contrats, comme n'étant pas entré dans la « commune intention des parties, ce que celles-ci n'ont pas prévu, ce qui est « anormal. Cette théorie n'a pas été sans soulever bien des critiques chez les « civilistes. A bien réfléchir, cependant, elle est strictement juridique et non « pas seulement équitable. Tout contrat synallagmatique est le résultat d'un « équilibre prévisionnel entre les avantages à recueillir et les charges à supporter par chacun des co-contractants. La convention naît d'un calcul « d'équivalence établi suivant certaines données, et c'est cet équilibre pré-

pouvait raisonnablement les prévoir à l'époque de la convention ».

Bien que dans les contrats commerciaux n'intervienne pas l'idée de service public, on trouve dans le texte proposé certaines des considérations qui se firent jour devant le Conseil d'Etat. Lors de la discussion générale, l'article premier avait pour rédaction définitive :

« Pendant la durée de la guerre et jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois à partir de la cessation des hostilités, les dispositions exceptionnelles suivantes sont applicables aux marchés et contrats ayant un caractère commercial pour les parties ou pour l'une d'elles seulement, qui ont été conclus avant le 1^{er} août 1914, et qui comportent soit des livraisons de marchandises ou de denrées, soit d'autres prestations successives ou seulement différées. » (Voté par la Chambre, séance du 28 juillet 1916 (1).

« visionnel, ce calcul d'équivalence qui est la cause de l'obligation de chaque partie envers l'autre. L'obligation deviendra donc la vérité sans cause, si cet équilibre intracontractuel, né de la commune intention des parties, est détruit par un événement qui n'était dans les prévisions d'aucun des contractants et qui a pour conséquence de procurer à l'un un enrichissement qu'il n'a pu escompter et d'infliger à l'autre une perte à laquelle il ne pouvait s'attendre. »

1. Art. 2. — « Indépendamment des causes de résolution résultant du droit commun ou des conventions, les marchés et contrats visés dans l'article précédent peuvent être résolus sur la demande de l'une quelconque des parties, s'il est établi qu'à raison de l'état de guerre l'exécution des obligations de l'un des contractants entraînera des charges ou lui causera un préjudice dont l'importance dépasserait de beaucoup les prévisions qui pouvaient être raisonnablement faites à l'époque de la convention.

« La résolution est prononcée, selon les circonstances, avec ou sans dommages-intérêts.

« Le juge, lorsqu'il accorde des dommages-intérêts, doit en réduire le montant s'il constate que, par suite de l'état de guerre, le préjudice a dépassé notablement celui que les contractants pouvaient prévoir.

« Si, conformément aux conditions et usages du commerce, l'acheteur s'est

On pouvait se demander si cet article premier s'appliquait aux contrats communaux ; on lisait, en effet, au rapport de M. Faillot, page 8 : « Le Conseil
« de préfecture de la Seine-Inférieure a accordé,
« par arrêté du 10 novembre 1915, un supplément de
« rémunération sous forme d'un relèvement du prix
« du gaz. Il n'y a aucune raison, à notre sens, pour
« que les *considérations* qui ont déterminé ce Con-
« seil de préfecture, *et qui sont celles qui ont inspiré*
« *votre commission*, ne s'appliquent pas également
« aux entreprises des *concessionnaires*, et à notre avis
« ces derniers sont appelés à bénéficier, le cas échéant,
« de l'article premier du texte proposé. »

La discussion fut engagée par MM. Viollette et Delaroue sur l'opportunité de faire rentrer les contrats communaux dans le cadre de la loi Faillot. M. Paul Constans demanda le renvoi des deux questions, contrats commerciaux et communaux, à la

procuré, aux frais et risques du vendeur, les marchandises qui ne lui ont pas été livrées, le montant des dommages-intérêts doit être réduit sous les conditions déterminées par le § 3 ci-dessus. »

Les articles 2 à 8 ont été adoptés par la Chambre le 19 juillet 1917. V. *Journ. off.*, du 20, Ch. des Dép. Transmis au Sénat le 27 juillet. Vote au Sénat le 14 décembre 1917, renvoi à la Chambre le 19 décembre 1917, par suite de légères modifications.

L'article 3 règle la procédure ; l'article 4, la résiliation des contrats passés, avant l'état de guerre, avec les ressortissants des pays ennemis. — Art. 5 : « Quand une contestation est portée devant le tribunal civil, l'affaire est instruite et jugée comme en matière sommaire ».

Art. 6 : « Au cas où des décisions de justice, passées en force de chose jugée, sont intervenues à propos des contrats visés à la présente loi, les dispositions ci-dessus restent applicables, mais seulement pour celles des obligations qui n'auront pas encore été exécutées. »

D'après l'article 7, la loi est applicable aux marchés de fournitures passés avec les départements, les communes et les établissements publics ; mais non aux opérations de bourse, pas plus qu'aux contrats de louage et ouvrage, aux baux à loyer ou à ferme.

L'article 8 déclare la loi Faillot applicable à l'Algérie et aux colonies.

Commission du commerce, afin qu'elles fussent traitées par une même loi. M. Louis Serre déclara : ce n'est pas la Commission du commerce qui peut étudier la question des contrats avec l'Etat, les départements et les communes ; c'est la Commission de l'Administration générale. Sur l'intervention de M. de Monzie le renvoi fut voté par 298 voix contre 199.

c) *Législation d'ensemble des concessions communales.* — La Commission d'administration générale fut ainsi amenée à examiner l'ensemble du problème des contrats communaux. Dans le système auquel elle s'est arrêtée, il n'y a plus place pour la proposition primitive de MM. Delaroue et Viollette ; le moyen qu'ils préconisaient ne solutionnait qu'un seul point ; la Commission a envisagé la question pour le tout.

Certaines des allégations produites par son rapporteur (1) pour justifier la nécessité d'une loi nouvelle, sont éminemment contestables : il est permis de protester contre des phrases telles que celles-ci : « si une loi nouvelle est nécessaire c'est parce qu'en matière de contrat administratif le Conseil d'Etat vient de poser des principes dangereux et auxquels le législateur constitutionnel doit opposer les principes de la véritable justice et de la véritable équité... Il a décrété que le juge avait le droit de modifier les contrats. »

Encore une fois, le Conseil d'Etat, on croit l'avoir assez clairement démontré, a prononcé un arrêt à la fois juridique et équitable ; jamais il n'a décrété que le juge avait le droit de modifier les contrats ; c'est inexact de considérer sa décision comme un « arrêt

1. Doc. parlem. Ch. des Dép., 1917, n° 2938, rapport Delaroue.

de règlement », de prétendre qu'elle sépare le transitoire du permanent « en découpant une tranche dans le contrat » ; elle commande, enfin, de tenir compte de *tous les éléments* en cause (1).

Trois situations seulement peuvent se présenter : le concessionnaire sollicite la résiliation, un relèvement de prix ou une indemnité, ou bien encore abandonne son exploitation. Dans la deuxième hypothèse, la faculté de résiliation au profit de la commune, insérée dans la proposition initiale Delaroue-Viollette du 7 juillet 1916, ne se justifie plus, par suite de l'adoption du système des *avances* faites au concessionnaire par la commune (compte, non pas uniquement de compensation mais aussi de restitution). Cependant, à la demande de quelques maires, la Commission l'accorde exceptionnellement à la Ville, lorsque le travail public n'est point terminé et que le service public n'est pas commencé, car alors le concessionnaire n'a encore eu à ce moment aucune perte à récupérer par des profits futurs. Voici, au surplus, le texte complet rédigé d'abord par la Commission :

Proposition de loi concernant les contrats communaux à longue durée conclus avant la guerre.

Art. premier. — « Lorsqu'il s'agira d'un contrat de concession d'un travail public communal ou de tout

1. On lit encore dans le rapport que les administrateurs sont seuls maîtres de savoir si le service public, organisé par eux, peut être interrompu ; seuls ils peuvent se réclamer de sa continuité nécessaire, mais non les débiteurs de ce service. D'accord ; cependant le juge, sans mettre ce principe « à la base de ses jugements », a le droit de faire entrer en ligne de compte

autre contrat d'une durée supérieure à neuf ans, ayant pour objet un service public d'une commune, aucune demande en justice, à raison de l'état de guerre, qui aurait rendu plus lourde l'exécution des charges du demandeur, ne pourra être introduite sans une tentative de conciliation préalable et obligatoire.

« Cette tentative de conciliation a lieu devant le président du tribunal compétent.

« Au cas de conciliation, il sera dressé procès-verbal de l'accord intervenu, qui ne deviendra définitif qu'après approbation du Conseil municipal et du préfet (1). »

Art. 2. — « Au cas de non-conciliation, la demande devra être accompagnée d'un compte général établissant la situation financière depuis le début de la concession, et, en cas de renouvellements successifs, depuis le début de la concession primitive jusqu'au jour de la demande.

« A l'appui de ce compte, le concessionnaire devra produire en justice tous ses livres, bilans et pièces de comptabilité. »

Art. 3. — « Le concessionnaire n'aura droit au relèvement des prix ou à une indemnité que s'il justifie, par l'établissement du compte général d'exploitation, que son entreprise, au jour de la demande, a subi des pertes supérieures à tous les bénéfices, sans

l'intérêt de la continuité; d'ailleurs, le Conseil d'Etat a simplement déclaré que le bon fonctionnement exigeait, le plus souvent, l'exploitation par le concessionnaire en titre, pour éviter les embarras et la perturbation produits par une mise en régie inopinée.

1. Les contrats de moins de neuf ans, sont des contrats ordinaires de fournitures ou d'entretien; les difficultés qu'ils ont pu soulever sont le plus souvent réglées à l'amiable, aussi le texte ne les vise pas.

exception, antérieurement réalisés, tels qu'ils ressortiront de l'examen des pièces produites.

« Les bénéfices comprennent, notamment, les sommes distribuées, employées à l'accroissement du capital ou portées à une réserve quelconque. »

Art. 4. — « Lorsque, dans le cas de l'article précédent, le tribunal aura prononcé qu'il y a lieu au relèvement des prix ou à une indemnité, le concessionnaire sera tenu de dresser chaque année le compte de l'exploitation et d'en donner communication au concédant.

« Ce compte partira du jour de la demande en justice.

« Il ne comprendra aucune somme, ni pour la rémunération des actions, et des parts d'intérêts, et, d'une façon générale, pour celle des capitaux propres aux exploitants, ni pour une réserve quelconque. »

Art. 5. — « Dès qu'il sera établi que les recettes équilibrent les dépenses, le concessionnaire aura l'obligation, sur les bénéfices de chaque année, de restituer à la commune le montant du relèvement des prix payés ou des sommes avancées par elle ou par les consommateurs, pendant la période des hostilités.

« Ce droit de récupération n'existera, au profit des particuliers, que pour les cinq dernières années qui précéderont la date de la compensation des recettes et des dépenses, et s'éteindra par une prescription de six mois, à partir du jour où elle aura été portée à la connaissance du public. Les sommes non réclamées par les particuliers feront retour à la commune. »

Art. 6. — « A toute demande en justice à l'occasion des contrats communaux visés à l'article premier

de la présente loi, la commune aura la faculté de répondre par une demande reconventionnelle en résiliation, toutes les fois que le travail public ne sera pas terminé, ou lorsque l'exécution du service public n'aura pas été commencée. La résiliation sera prononcée de plein droit, sans autres dommages-intérêts à payer par la commune que les dépenses faites postérieurement à l'approbation définitive du contrat et pour son exécution: »

Art. 7.— « En cas d'arrêt du service public par le concessionnaire sans autorisation du pouvoir concédant ou de la justice, le contrat de concession sera résilié aux torts du concessionnaire, sur la demande de la commune, de plein droit et sans qu'il soit besoin d'aucune mise en demeure.

« Le concessionnaire sera en outre condamné à des dommages-intérêts, lorsque, dans la cessation du service public, il aura fait preuve de négligence, de mauvais vouloir ou de mauvaise foi.

« Le concessionnaire sera tenu de rembourser au concédant, avec intérêts, toutes les sommes engagées par ce dernier, afin d'assurer la continuation de ce service public, à titre de dépenses d'exploitation, d'entretien ou de réparation.

« Le concessionnaire n'aura droit à aucune indemnité, mais seulement au remboursement des sommes représentant la valeur des biens meubles et immeubles utilisés pour l'exploitation et qui reviendront immédiatement au concédant comme conséquence de la résiliation, suivant les termes prévus par le contrat de concession au cas de déchéance, ou, dans le silence de ces conventions, suivant le droit commun. »

Art. 8. — « Les ententes amiables ou les décisions de justice intervenues depuis la guerre ne feront pas obstacle à l'application des dispositions de la présente loi. »

— Le 19 juillet 1917 la Chambre adoptait, *sans débat*, le texte proposé en dernière analyse par la Commission, sensiblement différent du texte primitif :

Article premier, une seule modification du paragraphe 2, ainsi rédigé : « Cette tentative de conciliation aura lieu devant le président du tribunal compétent ; elle sera soumise aux règles édictées par le titre premier du livre deuxième du Code de procédure civile. »

A l'article 2, suppression du second paragraphe : « A l'appui de ce compte, le concessionnaire devra produire en justice tous ses livres, bilans et pièces de comptabilité. » Le reste sans changement.

L'article 3 devient : « Dans le cas où le tribunal aurait prononcé qu'il y a lieu d'accorder un concours financier au concessionnaire, celui-ci sera tenu de dresser chaque année le compte de l'exploitation et d'en donner communication au concédant. Ce compte partira du jour de la demande en justice.

« Il comprendra, au débit, en outre des dépenses normales de l'entreprise, le *montant des intérêts à 5 o/o du capital-actions réellement versé*.

« Il ne comprendra aucune somme, ni pour la rémunération des parts d'intérêts, ni pour une réserve quelconque. »

L'article 4 devient : « Dès qu'il sera établi que les recettes équilibrent les dépenses, le concessionnaire aura l'obligation, sur les bénéfices de chaque année, de restituer le montant des sommes avancées par la

commune ou par les consommateurs pendant la période déficitaire, dans la limite des quatre cinquièmes desdits bénéfices.

« Le droit de récupération des particuliers s'éteindra par une prescription d'un an, à partir du jour où le public aura été informé, par les moyens habituels de publicité, de la compensation établie entre les recettes et les dépenses.

« Les sommes non réclamées par les particuliers feront retour à la commune.

« A la fin de la concession, si les avances n'ont pas été complètement remboursées par le concessionnaire, elles ne constitueront pas une créance contre lui. »

Art. 5. — « Les procédures engagées et les décisions de justice n'ayant pas force de chose jugée sont annulées. »

Les articles 6, 7 et 8 disparaissent.

— Le texte voté est donc plus court, et atténue dans une certaine mesure, la rigueur des dispositions premières (notamment art. 3 § 2 et art. 4 § 4). Dans l'ensemble, il met en pratique les conséquences logiques de la théorie de l'imprévision. Mais il ne faut pas oublier la difficulté de légiférer, pour tous les cas, par voie générale et impersonnelle, de tenir compte des circonstances particulières. Il se peut que la loi, malgré son caractère large, ne soit pas à même de s'adapter à tous les cas d'espèce, et que les événements la débordent à son tour. Il est regrettable que la Chambre n'ait pas cru devoir discuter une aussi grave question. Le Sénat — auquel la proposition a été transmise le 27 juillet 1917 — sera peut-être d'un autre avis. Il a nommé une commission (dont M. Boi-

vin-Champeaux a été élu président), chargée également d'étudier la proposition Faillot.

Quoiqu'il en soit, il faut désirer que le Conseil d'Etat statue, dans un délai rapproché, sur les procès analogues à celui de Bordeaux, actuellement en appel devant lui. Il aura ainsi l'occasion de fortifier, de préciser au besoin, la jurisprudence qu'il a consacrée.

§ 6. — **Arrêts du Conseil d'Etat du 20 juillet 1917 et du 3 août 1917.** — Jusqu'ici la Haute Assemblée n'a statué que sur des affaires d'un autre ordre. Le 20 juillet 1917, elle rejetait la demande de la Compagnie générale des automobiles postales, tendant au paiement de la différence existant, au 31 décembre 1915, entre le minimum de rétribution, qui lui est garanti par l'article 3 du cahier des charges de son entreprise de transport de dépêches dans Paris, et les sommes, à elle payées, pour exécution du service normal depuis le 2 août 1914 :

« Considérant que, dans les termes où il est conçu
« et eu égard notamment à la relation précise de
« cause à effet qu'il établit entre l'intervention volon-
« taire de l'administration dans les modifications de
« parcours, et le paiement d'un minimum de rede-
« vance, le texte précité doit être regardé comme
« ayant pour objet de garantir le concessionnaire
« contre les répercussions financières des réductions
« de service volontairement prononcées par l'admi-
« nistration en vertu du pouvoir discrétionnaire
« qu'elle tient à cet égard du paragraphe premier ci-
« dessus rappelé ; mais qu'il n'a pu entrer dans les
« communes prévisions des parties de viser, en rédi-

« geant les dispositions dont s'agit, le cas où le ser-
« vice imposé à la Compagnie et les redevances y
« afférentes viendraient à être réduits par le jeu de
« circonstances absolument exceptionnelles et indé-
« pendantes de tout fait de l'administration telle que
« la mobilisation générale et le bouleversement des
« horaires des trains et des transports postaux qui
« en est résulté. »

Mais l'arrêt ajoute : « Il appartient seulement à la
« Compagnie requérante de provoquer la reprise
« des pourparlers que l'administration n'a d'ailleurs
« jamais rompus d'une manière définitive et de
« demander au moyen, notamment, de la révision
« du contrat, telle réparation ou compensation qu'elle
« se croirait fondée à réclamer, à raison des charges
« exceptionnelles qu'elle justifierait lui avoir été
« imposées par les circonstances imprévues dont il
« a été parlé ci-dessus. »

On voit donc apparaître ici, à nouveau, l'idée de
l'arrêt du 30 mars 1916 : le bouleversement produit
par la guerre actuelle dans l'économie des contrats
peut autoriser des demandes de compensation si
celles-ci sont reconnues « justifiées », c'est-à-dire en
tenant compte des répercussions des événements sur
telle société proprement dite.

— Le 3 août 1917, le Conseil rejetait la demande de
la Compagnie des Messageries maritimes, tendant à
l'annulation de la décision par laquelle le sous-secré-
taire d'Etat de la Marine marchande avait déclaré
que le décompte des sommes que la Compagnie pré-
tendait lui être dues par l'Etat, pour les trois pre-
miers mois de la guerre, n'était pas établi conformé-

ment à la convention du 11 juillet 1911, et, par suite, non susceptible d'ordonnancement.

D'après cette convention, et en vertu des art. 97 et 98 du cahier des charges, la Compagnie s'était engagée à ne pas suspendre ses services en cas de guerre, sans y avoir été autorisée par l'Etat ; dans ce cas ses droits et obligations sont déterminés par les articles 98 et suivants dudit cahier, sauf arrangement contraire survenu entre elle et l'Etat. Le 5 août 1914 le Ministre de la Marine l'autorisait à cesser une partie de son exploitation. Or, le 14 août, il l'invitait à reprendre *tous* ses services. Dans ces conditions, soutenait la Compagnie requérante, l'Etat devait, pour indemniser la société de ses dépenses, conclure l'arrangement spécial prévu par l'article 97. On ne saurait objecter que cet arrangement n'est point obligatoire, le cahier ayant tracé toutes les règles applicables au cas de guerre ; or les dispositions de la convention, disait-elle, sont inapplicables en l'espèce, le contrat ayant été bouleversé par les exigences de l'administration et par les ordres reçus... du Ministre de la Marine ; par ce motif, il y a lieu de rejeter l'objection que l'administration s'est efforcée de tirer des articles 3 et 9 aux termes desquels l'Etat a le droit de prescrire certaines modifications d'itinéraire, « ces textes n'ayant, dans la commune intention des parties, eu pour objet que d'autoriser... en temps normal... certaines modification de peu d'importance. »

L'Etat répondait que la convention du 11 juillet 1911 a formellement prévu, dans l'article 97 du cahier des charges, l'état de guerre ; aucune autorisation de suspendre les services n'a été accordée ; le

gouvernement s'est borné à prescrire, pendant quelques jours, l'interruption des transports maritimes, justifiée par les dangers qui menaçaient la navigation, au début des hostilités. Il n'y a donc pas incompatibilité entre les dispositions du contrat et l'exécution des services pendant la guerre ; au contraire, les articles 97 et suivants ont prévu et réglé toutes les hypothèses qui pourraient se réaliser : exploitation par la Compagnie avec ou sans garantie de l'Etat, exploitation par l'Etat, suppression totale de toute exploitation. L'article 97 qui prévoit un « arrangement spécial n'a trait qu'à un cas spécial, celui de l'utilisation, par l'Etat, des paquebots-poste comme croiseurs auxiliaires. Au surplus, la Compagnie, bien loin de se comporter comme mandataire de l'Etat, a conservé la pleine responsabilité financière de son exploitation ; elle est par suite mal fondée à vouloir mettre à la charge exclusive de l'Etat les conséquences onéreuses de sa gestion depuis le 31 juillet 1914.

La Haute juridiction donne raison à l'Etat : l'interruption momentanée des services a été prescrite par le ministre de la Marine « *dans l'exercice de ses pouvoirs de police de la navigation.* » Aussi la Compagnie requérante « ne pouvait prétendre que le contrat n'était plus susceptible d'exécution, puisque « les conditions de l'exploitation de ses services en « temps de guerre avaient été prévues par le cahier « des charges ; les décisions attaquées ne contiennent « aucune disposition écartant, par avance, les réclamations que la Compagnie pourrait formuler par « application des articles 97 et suivants dudit cahier, « réclamations que le sous-secrétaire d'Etat se dé-

« clare, au contraire, prêt à examiner ; d'autre part,
« ni les décisions attaquées, ni la présente décision
« ne mettent obstacle à ce que la Compagnie requé-
« rante, si elle s'y croit fondée, *présente des demandes*
« *d'indemnités ou de compensations spéciales à raison*
« *des risques de guerre et des conditions exception-*
« *nelles imposées, par l'Etat, pour l'exécution de ses*
« *services.* »

Ici encore, rejet, mais parce que les règles de l'exploitation en temps de guerre ont été prévues et expressément stipulées. D'autre part, la possibilité, reconnue, d'indemnité ou de compensation spéciale pour les risques de guerre, et les conditions exceptionnelles de fonctionnement imposées par l'Etat dans la plénitude de ses droits, est l'application très nette de la notion de service public.

En résumé, la proposition primitive Delaroue-Viollette sur la résiliation facultative pour les communes de leurs contrats dans les cas où l'augmentation de prix aurait été prononcée — disons plus exactement sanctionnée — par décision de justice, tendait à consacrer législativement l'idée logique, juridique, que la théorie de l'imprévision ne doit pas jouer au profit d'une seule partie.

Le texte d'ensemble, présenté par la Commission d'administration et voté par la Chambre, réglant par dispositions générales le problème entier des concessions communales, — principe en soi défendable —, se heurte à la grave difficulté de prévoir, déterminer, délimiter par avance les règles applicables dans chaque cas. Or, ne pas tenir compte des

circonstances propres à chaque affaire serait injuste souverainement, car tout est question d'espèce.

Dès lors, pourquoi ne pas faire confiance à la sagesse du Conseil d'Etat, pourquoi ne pas attendre, au moins provisoirement, le développement de sa jurisprudence?

APPENDICE

CHEMINS DE FER ET TRANSPORTS EN COMMUN

Bien que le présent travail porte surtout sur les marchés de fournitures, de travaux, et les concessions communales, il faut cependant examiner brièvement la situation, faite par la guerre, aux concessions nationales de chemins de fer, et départementales de transports en commun.

A) **Les chemins de fer.** — Ce n'est un secret pour personne que la situation financière des grandes Compagnies de chemins de fer se trouve, depuis la guerre, singulièrement gênée. Hausse énorme du fret et de tous les objets nécessaires à l'exploitation ou à l'entretien : combustibles (1), corps gras, métaux, machines, etc... (ainsi, le prix des aciers, fontes, bois, cuivres, graisses, pétroles ont augmenté de 200 à 300 o/o). Supplément de dépenses dans les exercices futurs par suite de l'ajournement momentané de certains travaux en raison des circonstances. Application de tarifs très bas pour les déplacements militaires qui forment actuellement une part con-

1. V. *Journal des Economistes*, 15 mars 1917 : l'industrie minière en France pendant les premières années de la guerre.

sidérable du trafic. Enfin, les allocations de cherté de vie au personnel (convention passée le 10 novembre 1916 entre les Compagnies et le Ministère des Travaux publics, modifiée par une convention du 2 juillet 1917 soumise à l'approbation de la Chambre) entraîneront une dépense supplémentaire annuelle de 70 millions, jusqu'à une date postérieure d'un an à celle de la cessation des hostilités (1).

Le rapport du Conseil d'administration de l'Orléans sur l'exploitation du réseau en 1916 fait remarquer (2) que « cette situation, qui est commune à tous « les réseaux de chemins de fer, bouleverse complètement leur situation financière et l'économie de « leurs contrats de concession ; elle sort complètement des prévisions qui ont pu être faites au « moment de l'établissement des cahiers des charges « et des tarifs ; *a fortiori*, elle ne répond plus aux « conditions dans lesquelles ont été réalisés les « nombreux abaissements de tarifs, concédés dans « les années qui ont précédé la guerre. »

Pendant que les recettes passaient de 2.021 millions en 1913, à 2.083 millions en 1916, les dépenses montaient de 1.277 millions à 1.533 millions. A une

1. V. les chiffres d'indemnité dans *le Temps*, 14 juillet 1917 ; applicables au réseau de l'Etat. Les sommes sont versées par l'Etat ; mais, si une majoration des prix de transports est consentie, le compte spécial sera clos, et les Compagnies rembourseront l'Etat, sans intérêts, au moyen du prélèvement du 1/5 du produit de la majoration arrêté au 31 décembre de chaque année. Par conséquent, la convention étant approuvée, et elle ne l'est pas, s'il n'y avait pas de majoration des tarifs l'Etat supporterait les avances des augmentations de salaires, et grossirait à la fois, la dette des Compagnies envers lui, et le déficit du réseau racheté (v. *Journal des Economistes*, 15 mai, 15 juin 1917).

2. Les rapports présentés aux Assemblées générales sont des documents importants pour l'histoire économique de la période actuelle.

augmentation de recettes de 5 o/o environ s'opposait un accroissement de 25 o/o en chiffres ronds dans les charges, et le coefficient d'exploitation, de 63,4 o/o avant la guerre, s'élevait à 75,90 o/o en 1916. Au total, les insuffisances des exercices 1914, 1915 et 1916 ont atteint 1.100 millions, dont près de 375 pour le seul réseau de l'Etat. Quant au déficit de 1917, il paraît devoir dépasser un demi milliard pour les cinq grandes Compagnies et le réseau racheté.

Ces charges ne retombent pas toutes sur le budget. Les cinq grandes Compagnies ne se trouvent pas, au point de vue financier, dans la même situation vis-à-vis de l'Etat. Elles peuvent, sous ce rapport, se répartir en deux groupes : au premier groupe appartiennent l'Orléans, le Midi et l'Est, qui sont encore sous le régime de la garantie d'intérêt, et ce jusqu'à l'expiration de leur concession, soit 1956 et 1960 respectivement (1) pour l'Orléans et le Midi, et jusqu'en 1934 seulement pour l'Est. L'autre groupe comprend le Nord et le Paris-Lyon-Méditerranée ; ces deux Sociétés ont cessé, depuis le 31 décembre 1914, d'être sous le régime de la garantie d'intérêt, mais une loi du 29 décembre 1914 les a autorisées à imputer leurs insuffisances sur le compte de premier établissement, c'est-à-dire à émettre des obligations pour les exercices 1914 et suivants, jusques et y compris celui qui suivra l'année de la conclusion de la paix. En droit, depuis le 1^{er} janvier 1915, l'Etat n'est plus responsable du service des obligations et des actions du Lyon et du Nord. En fait, il ne pouvait se

1. Sur la controverse qui s'est élevée à ce sujet : v. HENRI SAINT MARC, *Étude sur la durée de la garantie d'intérêts de l'Orléans et du Midi* (1894) ; v. Les deux arrêts mémorables du Cons. d'Etat du 12 janvier 1895.

désintéresser de leur sort, son crédit est trop lié à celui des Compagnies, pour qu'il puisse, en temps de guerre, laisser éventuellement en souffrance le service de leurs obligations, comme il en aurait juridiquement le droit. Tel est l'avis exprimé par la Commission du Budget (1) qui estime que, en autorisant l'émission de ces obligations par la loi de 1914, l'Etat a « en quelque sorte cautionné les grandes Compagnies vis-à-vis du public, et donné sa garantie morale au paiement des dettes ainsi contractées : moralement, sinon légalement, il ne pourrait abandonner les obligations à leur sort. »

Telle est la situation présente. Qu'elle ne doive pas être éternelle, on n'en saurait douter. Lorsque la guerre aura cessé, le prix du charbon et des autres matières premières baissera, les difficultés d'approvisionnement seront moindres, les frets moins élevés. Mais ces circonstances heureuses ne se produiront que graduellement et il faudra peut-être les attendre longtemps encore. En outre les Compagnies, et l'Etat pour son propre réseau, auront à renouveler, presque intégralement, leur matériel soumis depuis trois ans à un entretien insuffisant, à un roulement intensif dus, en partie, aux nécessités militaires (2). Ces perspectives rendaient nécessaire la recherche d'un remède, ou tout au moins d'un palliatif. Ce palliatif, le gouvernement l'a trouvé dans une majoration de 15 0/0, sur les tarifs perçus sur le

1. Doc. parlam. Ch. des dép., 1917, n° 3799.

2. M. J. Thierry, Ministre des Finances : « Je tiens à déclarer... que les Compagnies de chemins de fer ont rendu à la mobilisation et ensuite à la défense nationale les plus grands services » (Ch. des dép., 8 juin 1917).

V. encore Peschaud : *Rev. pol. et parlam.*, 1915.

public (1). Il a estimé que la meilleure solution pour, à la fois, assainir la situation financière des réseaux, consolider le crédit des Compagnies, soulager le budget de l'Etat, était de faire supporter les insuffisances, non par l'ensemble des contribuables (ressources générales du budget), mais par les usagers des services de transport (2). Ce projet du 30 mai 1917 a fait l'objet d'un rapport favorable de M. Henry Roy (3) au nom de la Commission des Travaux publics, et d'un avis — précité — de M. Louis Marin, également favorable, au nom de la Commission du Budget. De nombreuses Chambres de commerce ont émis des vœux en faveur de ce relèvement temporaire, notamment la Chambre de commerce de Paris.

La question du prix des transports militaires sera réglée séparément : le texte en vigueur, qui date de 1898, cesse d'avoir effet au mois de juin 1918 et sera sans doute modifié, car il ne correspond plus aux conditions économiques actuelles. Le relèvement de 15 o/o

1. Ce projet correspond pour les chemins de fer d'intérêt général à celui qui a été adopté par le Parlement pour les chemins de fer d'intérêt local (Loi du 30 novembre 1916).

2. M. J. Thierry, Ministre des Finances, au Sénat, 29 juin 1917 : « Tout « le monde sait qu'actuellement, une locomotive qui coûtait 100.000 francs « en coûte 400.000; un wagon qui coûtait 5.000 en coûte 20.000; une « tonne de charbon qui coûtait 60 francs en coûte 200. Dans ces condi- « tions, continuer à donner aux voyageurs le bénéfice de tarifs, les mêmes que « ceux qu'il était question de relever en 1913, *alors que tous les pays du « monde ont augmenté leurs tarifs*, je crois que c'est... fausser, dans l'esprit « du public, la valeur des choses et qu'il faut réclamer du consommateur « une représentation plus juste du service qu'on lui rend... Non seulement « les raisons générales que j'ai fournies, mais aussi une *raison de crédit « public* recommandait, à mes yeux, le relèvement des tarifs. Je considère, « en effet, les Compagnies comme solidaires du crédit de l'Etat, étant don- « née la part que prennent les porteurs des actions et des obligations dans la « fortune publique. »

3. Doc. parlem. Ch. des dép., 1917, n° 3579.

ne permettra pas aux Compagnies d'équilibrer leur budget : il l'eut permis en mai 1916, au moment où les premières négociations furent engagées ; mais pour arriver à ce résultat, aujourd'hui, il faudrait une majoration de 30 o/o, étant donné l'accroissement des charges depuis cette date : si l'on s'en est tenu au relèvement de 15 o/o, c'est de crainte qu'une augmentation plus forte ne diminue trop sensiblement le trafic, ce qui ne serait avantageux pour personne. On attend, de cette mesure, une somme de 300 millions.

Voici maintenant les grandes lignes de la convention passée entre les Compagnies et l'Etat (1), telles que les trace la Commission du Budget : 1° Chaque réseau ne profitera pas intégralement du supplément de ressources, qui résultera pour lui du relèvement des tarifs : une certaine solidarité est établie entre les réseaux. C'est une des premières caractéristiques de la convention. Tout d'abord, pendant la guerre et l'année suivante, il sera fait masse du produit des majorations ; après déduction d'un cinquième pour l'Etat, les quatre autres cinquièmes seront répartis entre les Compagnies, proportionnellement à l'accroissement des charges supportées par elles depuis la guerre ; ensuite, quand la somme laissée à la disposition de chaque réseau aura été utilisée pour faire face aux charges du capital, au dividende garanti, ainsi qu'au remboursement des sommes avancées par l'Etat, au titre de la garantie d'intérêt. et de l'extinction du compte d'attente prévu par la loi du 22 décembre 1914, *l'excédent de la somme sera*

1. Annexe au projet de loi n° 3345.

déversé, à raison des 7/10, sur les autres réseaux. Les 3/10 restant seront conservées par la Compagnie intéressée.

2° Une deuxième caractéristique à l'avantage de l'Etat, c'est que les Compagnies renoncent au droit, qu'elles tenaient des conventions de 1883, de relever leurs tarifs dans le cas où l'Etat accroîtrait les impôts sur les transports de grande vitesse. L'Etat recouvre en cette matière la liberté, qu'il avait antérieurement aliénée, d'établir de nouveaux impôts sur les chemins de fer. En outre, les conditions de partage des bénéfices éventuels avec l'Etat se trouvent modifiées au profit de ce dernier. Jusqu'ici, sauf pour l'Est, depuis une convention spéciale de 1911, c'est seulement lorsque les bénéfices des Compagnies avaient permis de répartir un dividende dit « réservé » supérieur au dividende dit « garanti », que ces bénéfices devaient être partagés avec l'Etat, deux tiers pour celui-ci, un tiers pour la Compagnie. *Désormais la distinction entre ces deux dividendes disparaît.* Elle n'est maintenue que pour le Lyon, ce réseau étant celui qui doit le premier, selon toute probabilité, fournir des excédents à déverser sur les autres réseaux. A cet effet, il lui est accordé la moitié de l'ancien chiffre, soit 5 millions (1).

3° Une troisième caractéristique est que les majorations de tarifs doivent s'éteindre progressivement, au fur et à mesure du rétablissement de la situation

1. Cela aura pour effet de ramener le dividende réservé de 67 fr. 50 à 61 fr. 75. Au delà de ce 61 fr. 75, les bénéfices seront partagés : 2/3 pour l'Etat, 1/3 pour le P.-L.-M. En somme, en mettant à part le P.-L.-M., le point de partage des autres réseaux avec l'Etat est abaissé au chiffre du dividende garanti. C'est la suppression du « palier » entre dividende garanti et réservé, pendant lequel les Compagnies profitaient intégralement des bénéfices.

financière des Compagnies. Les majorations seront réduites à 10 o/o, quand deux réseaux auront eu des excédents à déverser pendant trois ans consécutifs ; à 5 o/o, quand cette situation aura été maintenue pendant deux nouvelles années. Elles seront supprimées lorsque le même fait se sera renouvelé encore pendant deux ans.

La Compagnie du Nord est restée en dehors de la convention, craignant que son adhésion ne préjugât des arrangements ultérieurs à conclure avec elle pour le règlement de sa situation, très spéciale, puisqu'une grande partie de son réseau est envahie (1).

— Actuellement, les déficits des réseaux retombent à la charge du Trésor, sous la forme de garantie d'intérêt, ou sont comblés par l'emprunt, — ce qui fait concurrence aux propres emprunts de l'Etat, — en ce qui concerne le Nord et le P.-L.-M. Le relèvement des tarifs, si la convention est ratifiée (2), soula-

1. Elle bénéficierait cependant de la majoration de 15 o/o ; en revanche, ne profiterait pas des sommes déversées par d'autres Compagnies, au titre d'excédents. En outre, si elle relevait ultérieurement ses tarifs comme conséquence d'une augmentation de l'impôt sur les transports, la majoration de 15 o/o lui serait retirée. Elle ne pourrait, d'elle-même, relever ses tarifs que dans la proportion où elle les a abaissés, au moment de la suppression de l'impôt sur la grande vitesse : or, cette proportion est inférieure à 15 o/o.

2. Ici, réponse à une critique du *Temps* (n° du 14 mai 1917) : certes, en principe, c'est au Ministre des Travaux publics qu'il appartient d'homologuer les relèvements de tarifs ; mais son pouvoir est tenu en échec si les tarifs majorés doivent dépasser les maxima fixés par les cahiers des charges. Seul le Parlement peut autoriser, en pareil cas, ces augmentations. Si la plupart des tarifs en vigueur sont inférieurs de bien plus de 15 o/o aux tarifs maxima, quelques-uns lui sont cependant égaux. L'intervention du Parlement étant nécessaire pour relever ces tarifs, le gouvernement a jugé opportun de le saisir de la question dans son ensemble. — L'application de la majoration sur les réseaux secondaires d'intérêt général résulterait d'une décision du Ministre des Travaux publics. Elle ne pourra jouer, d'après le projet, qu'en faveur des Compagnies qui auront accordé à leur personnel les allocations complémentaires prévues par la Conv. du 10 nov. 1916.

gera le budget de l'Etat et dégagera le Trésor dans une certaine mesure. Evidemment il aura aussi pour effet d'améliorer le crédit des Compagnies, et alors se dressent les adversaires des grandes Compagnies (1), dont les critiques ont été facilitées par la politique suivie parfois par ces dernières. — (2) Le 8 novembre 1917, la Chambre, malgré les instances du Ministre des Travaux publics, ajournait la discussion, par 258 voix contre 215, pour inscrire en tête de son ordre du jour le projet de loi sur les pensions.

Quand la discussion viendra, si elle doit venir (3), il conviendra de ne pas oublier qu'une part importante des 20 milliards d'obligations de chemins de fer disséminées dans le public se trouve dans le por-

1. Vote de la Fédération radicale de la Seine, invitant, par une forte majorité, la Chambre à refuser le relèvement (V. *J. des Economistes*, 15 janvier 1917). — Protestation de la Fédération nationale des cheminots (V. *Le Journal*, 25 avril 1917). — Contre-projet Augagneur : estime que, si le relèvement doit être destiné à payer l'indemnité de cherté de vie, il est préférable que l'Etat se charge de cette répartition, et perçoive sous forme d'impôt le relèvement prévu.

2. M. Henry Roy dit dans son rapport, pourtant favorable au projet, p. 35 : « elles se sont partagé la France comme une terre conquise, soucieuses, « avant tout, d'être maîtresses incontestées de la partie du sol qu'elles « s'étaient attribuée, ne permettant même pas à leurs voisines d'y pénétrer, « au grand dommage de l'intérêt public. Nous les avons suivies dans leurs « rapports avec leur personnel et nous les avons vues indulgentes aux puissants « et dures aux faibles. Nous devons cependant, en toute justice, déclarer que, « depuis quelques années, elles se sont révélées plus souples, moins rétives « au progrès, plus sensibles à la justice. »

3. M. Marcel Cachin. — Maintenant, il faut nous préparer un projet de loi sur la nationalisation des chemins de fer. Il n'y a plus que cette solution-là.

Le président de la Commission des Travaux publics. — Il est entendu que l'ajournement signifie le maintien du projet à l'ordre du jour après la loi sur les pensions (Exclamations sur les bancs du parti socialiste).

M. Marcel Cachin. — Non ! Non ! C'est un ajournement *sine die*. Voilà ce que signifie le vote de la Chambre (Mouvements divers).

Le Président. — La conférence des présidents statuera.
(V. *Journ. off.* du 9).

tefeuille des mineurs, des femmes dotales, des Caisses d'épargne, des Sociétés d'assurances sur la vie, des Sociétés de secours mutuels, etc. — placements que la loi conseille, et souvent impose. Quelque opinion qu'on ait, le problème devra être abordé en toute loyauté et parfaite bonne foi, avec la seule préoccupation des intérêts suprêmes de la nation.

B) Les transports en commun. — Les concessionnaires de la Ville de Paris : Compagnies du Métropolitain, du Nord-Sud, des Omnibus, etc., ont demandé soit des revisions de leurs contrats, soit des indemnités ou des compensations en raison des charges de la guerre, invoquant ainsi le précédent de l'arrêt du gaz de Bordeaux. Ils ont accepté des forfaits ; la guerre en trouble profondément les conditions, mais elle ne supprime pas les contrats. D'un autre côté, la Ville de Paris ne peut raisonnablement condamner à la ruine ses co-contractants qui assurent ses services. Il y a donc là une *question très délicate, non de principe mais d'espèce*, qui se pose pareillement pour la plupart des communes et des départements. L'augmentation des prix des matières premières (du charbon surtout), la nécessité d'élever les salaires en raison de la cherté de la vie, ont créé aux Sociétés concessionnaires une situation difficile. Des incidents se sont produits : grèves, procès ; etc., dont il serait désirable d'empêcher le retour. A la suite de la grève générale des Tramways de Paris, en octobre 1916, le gouvernement prenait, le 31 octobre 1916, le décret suivant : article 1^{er}. — « Pendant la durée de la guerre, lorsque l'arrêt d'une exploitation industrielle ou d'une entreprise de services publics est de nature à

compromettre la Défense nationale, le gouvernement prendra, en Conseil des Ministres, toutes les mesures nécessaires pour assurer la continuité de l'exploitation. »

Art. 2. — « Le présent décret sera soumis, dans le plus bref délai, à la ratification des Chambres. » Cette ratification n'a pas été demandée, mais un projet a été déposé à la Chambre le 9 novembre 1916 (1), reproduisant dans son article unique l'article 1^{er} du décret du 31 octobre. Il faut voir, dans celui-ci, un hommage éclatant rendu au principe de la continuité des services publics, et le soin d'assurer cette continuité dans les circonstances graves, telles que le temps de guerre (2).

Sur la pression exercée par le gouvernement, les Compagnies de transport ont donné satisfaction à leur personnel, mais en se réservant la possibilité de demander, à la Ville de Paris et au département de la Seine, des compensations sous forme de modifications à la convention de 1910, signée par elles, et au cahier des charges y annexé. Si le conseil municipal de Paris et le Conseil général de la Seine refusent ? Alors s'élèvera entre les compagnies d'une part, la Ville et le département d'autre part, un litige analogue à celui qui s'est produit entre les municipalités

1. Annexe n° 2665, 1916. Doc. parlem. : « Projet de loi sur les réquisitions civiles dans l'intérêt de la défense nationale », formule très vague et très large.

2. Voir sur la légalité du décret : M. Rolland, *R. D. P.*, 1916, p. 604 et suiv. Il semble que l'intention de ses auteurs ait été simplement de donner au gouvernement le droit de prendre possession des usines et du matériel et de réquisitionner le personnel, dans des cas où, les nécessités intéressant la défense nationale n'étant pas d'ordre purement militaire, la loi du 3 juillet 1877-23 juillet 1911 ne peut être utilisée. Telle est l'impression qui se dégage de l'exposé des motifs du projet du 9 novembre.

et les Sociétés gazières. L'élévation des salaires accordés n'est qu'une conséquence de la hausse générale, effarante et sans limite, des prix des denrées de première nécessité, hausse aussi impossible à prévoir lors de la passation de la convention de 1910, que la hausse actuelle des charbons. Par suite, le Conseil d'Etat aurait tendance sans doute à se prononcer comme il l'a fait le 30 mars 1916 pour les Compagnies du gaz, et à reconnaître, en raison du bouleversement du contrat, un droit à indemnité en faveur des Compagnies de transports en commun. Mais la Ville et le département seraient-ils fondés à rejeter, sur l'Etat, la charge de l'indemnité ainsi allouée, en invoquant que l'élévation des salaires a été consentie sur la pression du gouvernement ? (1) La question est délicate.

Tel est le problème ; comment a-t-il été résolu, ou, du moins, comment compte-t-on le résoudre ?

Le 30 décembre 1916, le conseil municipal, sur mémoire défavorable du préfet de la Seine, en date du 5 décembre, rejetait la demande de la Compagnie générale des Omnibus, tendant à la modification de son cahier, en raison des charges que lui imposaient les circonstances présentes. La Compagnie porta le litige devant le Conseil de préfecture. Mais peu après, la situation s'aggrava, le personnel réclamant de nouvelles augmentations ; la Compagnie formula une nouvelle requête, au principe de laquelle s'associeront ou se sont déjà associés les divers concession-

1. Cf. C. d'Etat, 9 novembre 1916, Poivrel : droit d'un entrepreneur de demander la révision des clauses financières de son contrat avec l'administration au cas de relèvement, en cours d'entreprise, des salaires des ouvriers à la suite d'une grève, relèvement auquel l'administration intéressée a consenti dans les tractations intervenues pour mettre fin à la grève.

naires de la Ville. Elle exposait que ses employés venaient de lui demander des avantages (1) évalués à plus de 7 millions par an ; l'équilibre financier de l'entreprise étant ainsi détruit, « il pourrait en résulter les conséquences les plus préjudiciables pour le bon fonctionnement du service public des transports en commun ». Dès la réception de cette requête, le préfet de la Seine en donnait connaissance à la Commission mixte des transports qui siège à l'Hôtel de Ville. Voici, au surplus, par ordre chronologique, le point de vue des trois conseils ou commissions qui ont discuté la question dans son ensemble, car le problème n'intéresse pas la seule Compagnie des Omnibus :

a) *Commission départementale.* — A voté à l'unanimité un projet de délibération sur l'assistance qu'il est possible de donner aux compagnies. L'administration ouvrira un crédit spécial pour parer aux déficits d'exploitation contrôlés en fin d'exercice ; ce compte permettra de garantir aux actions de capital,

1. Voici les dernières revendications du personnel de toutes les Compagnies : *Personnel roulant.* — Personnel actif : wattmen, receveurs : salaire minimum 250 francs par mois ; personnel temporaire : wattmen, receveurs, receveuses : salaire minimum 200 francs par mois ; après un an de service, 250 francs.

Un jour de repos payé par semaine et pour tous.

Personnel des ateliers, dépôts, voies, bâtiment. — Minimum de salaire (taux d'affutage), ouvriers qualifiés : 1 fr. de l'heure ; aides-ouvriers de plus de dix-huit ans : 0 fr. 90 ; manœuvres toutes catégories : 0 fr. 90 ; ouvriers de moins de dix-huit ans : 0 fr. 75. Un jour de repos payé par semaine dès l'entrée.

Conditions générales. — Retraite égale à la moitié, au moins, du salaire pour tout le personnel actuellement en service ou mobilisé ayant accompli vingt-cinq ans de service (projet Ceccaldi). Le temps passé comme mobilisé comptant comme temps du service à la Compagnie. Suppression des mises à pied et amendes. Maintien des avantages existant actuellement, y compris l'indemnité journalière de vie chère de 1 fr. 50, Reconnaissance officielle de l'organisation syndicale (V. *Petit Parisien*, 24 octobre 1917).

non amorties, un intérêt égal au dividende moyen de 1911, 1912 et 1913, sans qu'il puisse excéder 4 o/o. Tout acte engageant une dépense d'exploitation supérieure à un chiffre à déterminer, devra être approuvé par le Préfet de la Seine.

b) *Conseil général de la Seine.* — A invité le préfet à conclure, avec les Compagnies concessionnaires, *espèces par espèces*, des arrangements provisoires. Il n'est donc proposé, pour le moment, ni relèvement des tarifs, ni modifications des cahiers des charges : les droits respectifs des Compagnies et du département sont réservés.

c) *Commission mixte des transports en commun.* — Tout en exprimant le vœu que les Compagnies réalisent, dans la mesure la plus équitable, les accords avec leur personnel, la Commission estime qu'il faut envisager uniquement le compte général d'exploitation, dont les dépenses de personnel ne sont qu'un élément.

Quelques membres de la Commission sont d'ailleurs d'avis qu'il y aurait lieu de faire entrer en ligne, dans la situation des Compagnies, les ressources que l'état de guerre leur a values : réquisition de matériel, fabrication d'engins, etc. (1).

Enfin, considérant que la plupart d'entre elles ont engagé contre la ville et le département des procès qui suivent leur cours, la Commission est d'avis que les accords à intervenir soient provisoires et laissent à la juridiction compétente le soin de régler définitivement le droit des parties (2).

1. C'est-à-dire tenir compte de tous les éléments, selon la solution préconisée par M. Chardenet et consacrée par le Conseil d'Etat.

2. V. *Petit Parisien*, 11, 20, 22 novembre 1917 ; *Le Temps*, 16 nov. 1917.

A la suite de la déclaration de la Compagnie des omnibus, le gouvernement l'invita à rechercher avec la Ville de Paris les bases d'un accord destiné à permettre l'équilibre général de l'exploitation en conformité avec la *loi du 30 novembre 1916*. Cette loi autorise l'approbation, par simple décret du Ministre des Travaux publics, de conventions conclues entre les concessionnaires de voies ferrées d'intérêt local et l'autorité concédante, pour la modification de leurs contrats de concession pendant la durée de la guerre et une période consécutive d'un an au maximum.

— Entente sur quelles bases ? Les mesures à envisager, commandées par des circonstances temporaires, doivent avoir elles-mêmes un caractère temporaire. Le Ministre des Travaux publics, dans ses instructions, a précisé « que le véritable problème à résoudre à l'heure actuelle, lui paraît être de fixer les mesures techniques et financières auxquelles il sera recouru pour faire face aux dépenses croissantes des entreprises de transports en commun ». Il serait entendu, qu'en échange du concours que la Ville pourrait prêter, on resserrerait le contrôle sur les dépenses, de façon à s'assurer que l'intervention municipale est limitée aux besoins strictement indispensables. Voilà le cadre de l'accord, et c'est un projet, s'inspirant de ces données, que le Préfet de la Seine a soumis à la Compagnie générale des Omnibus :

On y prévoit l'inscription à un compte général de gestion de toutes les dépenses et recettes d'exploitation, sauf celles de premier établissement, l'intérêt et l'amortissement des obligations, les opérations de

trésorerie, et une prime de gestion assurant aux actions de capital un intérêt calculé sur la moyenne des dividendes de 1911-12-13, sans que cet intérêt puisse dépasser 4 o/o. Si ce compte se solde par un excédent, celui-ci sera acquis à la Ville ; s'il se solde en déficit, la Ville y pourvoiera par des mesures telles que relèvement des tarifs, remaniements de sections, allègements du service, etc... à déterminer. En revanche, elle instituera un contrôle spécial de tous les actes de nature à avoir une répercussion sur la situation financière de la société. Enfin, il est spécifié que *l'accord étant fait dans le but de permettre la continuation sans arrêt du service*, sauf règlement ultérieur des conditions de l'intervention de la Ville », cet accord est établi pour la durée de la guerre et l'année [qui suivra. Il n'est consenti que sous réserve de tous droits respectifs des parties, c'est-à-dire la Compagnie n'abandonne point ses revendications intérieures, mais *la Ville se réserve la faculté de poursuivre ultérieurement la récupération des dépenses que lui aura occasionnées l'exécution de la convention.*

A ce projet, la Compagnie des Omnibus propose certaines modifications, dont voici les principales :

En ce qui concerne la portée exacte de l'accord, la Compagnie, tout en gardant ses droits de maintenir les instances pour le passé et pour l'avenir, voudrait qu'il réglât « définitivement » les difficultés pour sa durée. Le Préfet de la Seine y voit le grave inconvénient de placer la municipalité en mauvaise posture pour les procès déjà engagés, mais il suggère une transaction d'après laquelle les deux par-

ties renonceraient, d'un commun accord, à toutes réserves ou instances antérieures.

En ce qui concerne le compte général de gestion, la Compagnie entend conserver le droit de constituer des « réserves », bien que de l'observation du Préfet, celles-ci ne puissent être alimentées en cas de déficit qu'à l'aide de l'intervention de la Ville. Elle refuse, d'autre part, de verser à ce compte la totalité des bénéfices provenant des « fabrications de guerre », en alléguant que ces bénéfices ont été réalisés grâce à un outillage spécial, acquis sur des fonds provenant d'aliénation du domaine privé. Enfin, elle demande une augmentation de la « prime de gestion ».

Telles sont les principales divergences qui séparent les deux projets. Le Préfet de la Seine dans son nouveau mémoire (1), plus favorable que le précédent aux demandes de compensation des concessionnaires, observe que l'adhésion de principe de la Compagnie à un accord est d'ores et déjà acquise, et que le projet par lui déposé ne constitue qu'une base de discussion. S'il ne soumet pas de projet définitif, c'est, écrit-il, que l'affaire se présente dans des conditions toutes spéciales. La Compagnie des Omnibus n'est pas seule en cause, d'autres concessionnaires de tramways ont formulé des demandes analogues : *sans prétendre à une identité de solution, on peut arrêter des vues d'ensemble et harmoniser les décisions à intervenir.*

En outre, se pose la question préalable de savoir si les accords seront conclus sous réserve des droits respectifs des parties, ou au contraire comporteront la liquidation des contestations pour toute la période

1. Distribué au Conseil municipal le 4 novembre 1917.

de guerre. Le Conseil municipal et le Conseil général devront d'abord se prononcer là-dessus, car la décision qui interviendra sur ce point réagira nécessairement sur les clauses des ententes particulières.

On mettra fin ainsi à des difficultés qui, à un moment donné, risqueraient de troubler gravement l'ordre public, d'entraver les fabrications de guerre et la vie économique et commerciale. « En consentant
« de tels accords, la Ville de Paris et le département
« de la Seine auront rempli largement leurs obligations morales vis-à-vis de la population, *au delà*
« *même des engagements juridiques qui avaient été*
« *pris lors de la signature des conventions* (1). Une
« fois de plus ils auront obéi à leurs traditions générales pour sauvegarder, pendant la guerre, les
« grands intérêts qui leur sont confiés. »

Envisageant l'avenir, le Préfet fait ressortir que, par l'adoption de telles mesures, le budget départemental et celui de la Ville de Paris auront peut-être à supporter des sacrifices provisoires ou définitifs, il se demande s'il conviendra d'en faire subir la répercussion aux usagers, ou bien à l'ensemble des contribuables.

— Ici une observation nécessaire : l'un des arguments mis en avant par la Compagnie des Omnibus, — et les autres Sociétés —, c'est le relèvement proposé des tarifs de chemins de fer, qui atteindra, non le contribuable, mais l'usager du service.

La question est mal posée, l'assimilation inexacte : La guerre a privé les Compagnies de chemins de fer d'une partie de leur trafic et leur a imposé des transports de troupes dans des conditions spéciales ; un

I. A noter cette phrase très caractéristique.

relèvement des tarifs, au détriment des usagers, exonérerait la masse des contribuables, en diminuant la garantie d'intérêt.

Au contraire, les Compagnies de Tramways, d'Omnibus, ne bénéficient pas d'une *garantie*. Un relèvement, dont pâtiraient les usagers, profiterait à elles seules, sans avantage, pour l'ensemble des contribuables. D'ailleurs, si le déficit des grands réseaux est certain, le déficit des transports en commun de moindre importance est nullement démontré, si l'on tient état des gains extraordinaires procurés par les « fabrications de guerre ».

En résumé, le régime applicable provisoirement serait analogue à celui du gaz de Paris, toutes ressources, dépenses et recettes étant portées à un compte unique qui se solderait en perte ou en profit. En cas de perte, la Ville assurerait au capital engagé un minimum d'intérêts, calculé en considération des dividendes ou intérêts d'avant guerre. En cas de bénéfices, — qui pourraient résulter, par exemple, d'une augmentation de tarifs —, la Ville et le concessionnaire se les partageraient dans une proportion à déterminer.

En plus de la Compagnie des Omnibus jouiraient, en principe, de ce *modus vivendi*, avec quelques modifications, suivant les Sociétés : le Métropolitain, le Nord-Sud, la Compagnie parisienne de tramways, les Tramways de Paris et de la Seine, ceux de l'Est parisien et de la rive gauche, les Chemins de fer nogentais (1).

1. Cette nouvelle, déclare le journal financier *le Pour et le Contre* (4 nov. 1917) « a provoqué une reprise de la plupart des valeurs de ce groupe! »

— Dans sa séance du 26 novembre dernier, le Conseil municipal de Paris a adopté un projet de délibération invitant le préfet de la Seine à négocier avec la Compagnie des Omnibus, *sur les bases par lui déjà proposées* :

« Considérant qu'il résulte des rapports fournis,
« tant par M. l'ingénieur en chef du contrôle que
« par M. l'inspecteur chargé du contrôle financier
« de la Compagnie générale des Omnibus, que l'ex-
« ploitation du réseau municipal de tramways et
« d'omnibus n'est pas, actuellement, déficitaire ; con-
« sidérant, toutefois, que devant les déclarations de
« la Compagnie exploitante, il y a lieu de prévenir
« l'éventualité de sa défaillance en arrêtant, dès à pré-
« sent, dans l'intérêt du service public, les conditions
« essentielles auxquelles devrait être subordonnée,
« s'il y a lieu, l'intervention de la Ville de Paris ;

Délibère :

Article 1^{er}. — « M. le préfet de la Seine est invité à poursuivre ses négociations en vue de préparer l'accord qui pourrait être conclu avec la Compagnie générale des Omnibus sur les bases ci-dessous :

1^o Convention provisoire conclue dans les termes de la loi du 30 novembre 1916, réservant tous les droits de la Ville de Paris ; 2^o ouverture à l'administration, sur le budget municipal, d'un crédit qui lui permettra de mettre à la disposition de la Compagnie les avances nécessaires pour parer au déficit éventuel de l'exploitation ; 3^o autorisation à la Compagnie de porter en dépenses la somme nécessaire pour servir aux actions de capital non amorties, à l'exception de toute attribution aux actions de jouissance, un intérêt égal à la moyenne des dividendes distribués

en 1911, 1912 et 1913, sans que cet intérêt puisse excéder 4 o/o ; 4° institution d'un contrôle spécial. »

En tout cas, une chose importe surtout, c'est d'aller vite et d'aboutir, dans le moindre délai, à une solution sauvegardant équitablement les divers intérêts en cause. Des résistances inadmissibles, des prétentions excessives, mettant à nu les complications inhérentes au régime de la concession, feraient faire à l'idée de municipalisation des services publics (1) de sérieux progrès.

1. Du moins au système de la régie intéressée, qui ne présente pas les inconvénients de la régie directe.

CONCLUSION

Après avoir exploré le domaine de l'imprévision, il n'est pas inutile de jeter un regard en arrière. La matière est récente, et son indéniable actualité en rend l'étude délicate et difficile. Les développements consacrés à chaque chapitre ont été résumés au fur et à mesure. Il est donc inutile d'y revenir, il importe seulement d'insister sur l'idée maîtresse qui s'en dégage : la notion de but public. C'est parce que les marchés de fournitures et de travaux ont pour objet l'intérêt général, qu'ils doivent être achevés quelles que soient les difficultés. Les difficultés exceptionnelles imprévues, survenues depuis leur conclusion, qui rendent leur exécution excessivement onéreuse, qui dépassent les cadres du contrat, il est juste d'en tenir compte au fournisseur, à l'entrepreneur : ainsi a pris naissance la théorie indemnitaire de l'imprévision.

La notion d'intérêt général trouve dans la concession sa plus haute expression : c'est alors l'idée de service public, idée lumière du droit public moderne. Elle permet aux gouvernants d'adapter, d'assouplir le service public, par disposition réglementaire, aux nécessités économiques et sociales sans cesse changeantes ; de faire face, unilatéralement, à l'imprévision, relative au fonctionnement du service. Même concédé, celui-ci ne perd pas son caractère : répondant

à un besoin d'ordre collectif, son fonctionnement doit être régulier et ininterrompu, — même en temps de guerre, même au cours d'un cataclysme mondial. Dans les heures tragiques présentes, la théorie du service public, loin de naufrager comme tant de choses, a pris une vigueur, une extension nouvelles. Devant le bouleversement, totalement insoupçonné, produit par la guerre dans l'équilibre des contrats, le Conseil d'Etat apprécie d'une manière libérale le cas de force majeure : il est juste, équitable que le point de vue collectif soit sauvegardé ; juste, équitable, que le point de vue individuel du concessionnaire ne soit pas sacrifié. Obligation d'assurer la continuation du service, indemnité au concessionnaire (application de la théorie de l'imprévision). L'imprévision ne doit pas être invoquée par une seule des parties, résiliation éventuelle au profit de l'autre. Quant à la législation d'ensemble sur les concessions communales, on a constaté la difficulté énorme de prévoir, délimiter, résoudre par avance, toutes les hypothèses.

La Hautejuridiction administrative envisage chaque espèce séparément, en tenant compte de ses particularités. Le droit n'est plus strict : la rigueur des contrats cède devant les considérations tirées des intentions et des circonstances. La solution du cas particulier dépend de plus en plus du *fait*. C'est par une illusion décevante qu'on s'imaginerait trouver, dans une étroite interprétation des textes, et dans le raisonnement d'une logique abstraite, une base vraiment acceptable de solutions juridiques.

On objecte : vous supprimez la stabilité du droit, vous courez à l'arbitraire ; et on donne au mot « arbitraire » le sens péjoratif, non le *sens vrai*

d'équité. Il est inadmissible de ne pas considérer *l'évolution nécessaire*, principe dont Savigny a été le précurseur, en opposant la transformation indispensable des règles et institutions juridiques à la prétendue immobilité du droit. La civilisation évolue sans cesse ; tout se transforme, tout se perfectionne, la stagnation équivaut à un recul : s'arrêter, c'est mourir.

N'y a-t-il pas la législation, toujours active, susceptible d'amélioration ?

Sans aucun doute, quand il s'agit d'apporter un changement véritable à la loi écrite existante, aucune modification coutumière n'est fondée à détruire ce droit existant, ni même à lui faire échec. Mais, quoique complété, il est souvent impuissant à tout régler ; la mise en vigueur de l'appareil législatif est parfois lente ; le procès, porté au prétoire, est immédiat. Aussi, la jurisprudence administrative, dont le rôle croît de jour en jour, se sent appelée, dans la mesure d'indépendance que lui laissent l'abstention ou les lenteurs du législateur, à compléter le droit suivant les besoins sociaux, à construire de véritables théories, merveilleusement souples et scientifiquement harmonisées : théorie du service public, de l'imprévision ; à en développer d'autres prévues par des textes, d'une manière extraordinaire : théorie du recours pour excès de pouvoir (contrôle de la légalité en faveur de l'individu)... Agissant ainsi, le Conseil d'Etat n'excède pas la limite de son pouvoir, il s'acquitte simplement de sa mission. Nul danger, dès lors qu'il ne prétend pas exprimer, sur tous les points qu'il examine, une solution générale et infrangible.

Le Droit doit rester chose vivante. Vivre, c'est se

mouvoir et se transformer. Pour le Droit c'est plus encore : c'est lutter en vue d'une constante adaptation aux exigences de la vie sociale. Or, il est certain qu'il y a tendance, à l'heure actuelle, à atténuer les rigueurs excessives du droit individuel en considération de l'intérêt public. On peut différer d'avis sur l'importance à attribuer à cette aspiration, sur les moyens d'y satisfaire. Mais son existence n'est pas contestable ; l'ignorer serait téméraire.

La continuité de la vie économique et sociale devient une nécessité grandissante par le resserrement progressif des liens de solidarité. Au rétablissement de la paix, la tâche de reconstruction sera dure et pressante. Il faudra se débattre contre des concurrents qui auront, plus que nous, préparé l'après-guerre, seront moins alourdis par les restaurations et les charges fiscales. Alors, le fonctionnement régulier d'entreprises même privées sera indispensable à la nation ; son arrêt aura des effets néfastes pour la collectivité entière. Alors, la notion de service public s'élargira encore.

Des résistances puissantes se dresseront, de celles qui entravent la ligne du progrès, et la brisent parfois. Malgré les résistances le progrès continuera, car aux forces statiques s'opposeront toujours les forces dynamiques.

Paris, 2 janvier 1918.

Vu : le Président de la thèse,
H. BERTHÉLÉMY

Vu : le Doyen
F. LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. POINCARÉ

ADDITION

A l'article 2 de la proposition relative aux marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant la guerre, ajouter :

§ 4. — « Le juge peut aussi, sur la demande de l'une des parties, prononcer la suspension de l'exécution du contrat pendant un délai qu'il détermine. »

Le texte complet de la proposition, voté au Sénat le 14 décembre 1917, a été adopté par la Chambre le 29 décembre. *La loi Faillot est donc définitive.*

BIBLIOGRAPHIE

A. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

BERTHÉLÉMY. — Traité élémentaire de Droit administratif, 8^e éd.
1916.

COLIN ET CAPITANT. — Cours² élémentaire de Droit civil français
t. II. 1914.

DUCROCQ. — Traité de Droit administratif t. II, 7^e édition.

HAURIOU. — Précis de Droit administratif, 7^e éd. 1911, et 8^e éd.
1914.

JÈZE. — Cours de Droit public 1913-1914.

LAFERRIÈRE. — Traité de la Juridiction administrative, 2^e éd.,
1896.

PLANIOL. — Traité élémentaire de Droit civil, t. II, 1913.

B. — OUVRAGES SPÉCIAUX

ARSÈNE PÉRIER. — Marchés de fournitures (1876)

BARRY. — Nouveau cahier des clauses et conditions générales
(1911)

BAUDRY ET BARDE. — Obligations, 3^e éd., t. I.

BOUVIER. Régies municipales, 1910.

COLSON. — Abrégé de la Législation des chemins de fer ; trans-
ports et tarifs.

DUGUIT. — Les transformations du Droit public, 1913.

GÉNY. — Méthode d'interprétation.

HENRI SAINT MARC. — Etude sur la durée de la garantie d'inté-
rêt des Compagnies d'Orléans et du Midi (1894).

JÈZE. — La réparation intégrale des dommages de guerre, 1915.

LYON-CAEN ET RENAULT. — Droit commercial, t. II.

MOREAU. — Le Règlement administratif.

TEISSIER ET CHAPSAL. — Traité de la Procédure devant les Con-
seils de Préfecture.

C. — RECUEILS

DALLOZ.

LEBON.

SIREY.

D. — DOCUMENTS PARLEMENTAIRES.

Proposition Faillot, Ch. des dép. 1915, n° 1215.

Proposition Faillot, Ch. des dép. 1916, n° 1834.

Rapport Faillot, Ch. des dép. 1916, n° 2918.

Avis de M. Lémery, au nom de la Commission de Législation civile, Ch. des dép. 1916, n. 2215.

Proposition Delaroue-Viollette, Ch. des dép., 1916, n° 2300.

Rapport Delaroue, au nom de la Commission d'Administration générale, Ch. des dép. 1917, n° 2938.

Projet de loi portant relèvement temporaire des tarifs de chemins de fer, Ch. des dép. 1917, n° 3345.

Rapport Henri Roy, Ch. des dép. 1917, n° 3579.

Avis de M. Marin au nom de la Commission du Budget, Ch. des dép., 1917, n° 3799.

Projet de loi sur les réquisitions civiles dans l'intérêt de la défense nationale, Ch. des dép. 1916, n° 2665.

E. — REVUES ET PÉRIODIQUES.

Annales de Droit commercial, année 1895.

Bulletin de la Société d'Etudes législatives, année 1910.

Dalloz Code civil annoté.

Journal des Economistes, année 1917.

Le Parlement et l'Opinion, année 1917.

Pandectes périodiques, année 1889.

Revue des concessions, années 1904, 1910, 1911, 1916.

Revue critique, année 1888.

Revue générale d'Administration, années 1898, 1916-1917.

Revue de Droit civil, années 1915-1916.

Revue du Droit public et de la Science politique, années 1903, 1909, 1916-1917.

Revue politique et parlementaire, années 1914-1915-1916-1917.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	Pages 7
------------------------	------------

PREMIÈRE PARTIE

L'IMPRÉVISION AVANT LA GUERRE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Marchés de travaux publics et fournitures.</i>	14
§ 1. — Caractères.	14
§ 2. — Jurisprudence de l'imprévision.	20
CHAPITRE II. — <i>La concession</i>	31
§ 1. — Définition.	31
§ 2. — Le caractère de service public.	36
§ 3. — Application du régime du service public au service d'éclairage concédé par une municipalité.	40
§ 4. — Les sanctions	46
§ 5. — Conclusion	49

DEUXIÈME PARTIE

L'IMPRÉVISION ET LA GUERRE

CHAPITRE III. — <i>La force majeure</i>	53
§ 1. — En droit civil	53
§ 2. — En droit administratif.	57
§ 3. — La force majeure et la guerre	62
CHAPITRE IV. — <i>L'arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916.</i>	67
§ 1. — Caractère de la guerre actuelle.	67
§ 2. — Marchés de fournitures, circulaire du Ministre de la Marine du 24 novembre 1914	70
§ 3. — La hausse imprévue du gaz et les concessionnaires gaziers.	73
§ 4. — L'arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916 (Compagnie du gaz contre ville de Bordeaux).	78
§ 5. — Examen critique de l'arrêt: la procédure.	88

a) Question préjudicielle de l'obligation indemnitaire de la ville.	88
b) L'effet dévolutif de l'appel, l'indépendance réciproque des deux degrés de juridiction.	91
c) La question des précédents.	95
§ 6. — Examen critique de l'arrêt : le fond.	97
a) Situation spéciale de la Compagnie du gaz de Bordeaux.	97
b) Extension de la théorie de l'imprévision à l'interprétation de la concession-contrat.	100
c) Solution juridique.	104
d) Solution équitable.	106
CHAPITRE V. — <i>Après l'arrêt du 30 mars 1916.</i>	111
§ 1. — Conséquences à l'égard des Compagnies.	111
§ 2. — Conséquences à l'égard des villes.	120
§ 3. — Conséquences à l'égard des consommateurs de gaz.	126
§ 4. — Attitude : a) des Conseils de Préfecture; attitude : b) de l'administration, α) circulaire du ministre des Finances, 27 juin 1916, β) circulaire du ministre de l'Intérieur, 19 août 1916.	132
§ 5. — Propositions législatives	143
a) Delaroue-Viollette.	143
b) Faillot.	147
c) Législation d'ensemble des concessions communales.	152
§ 6. — Arrêts du Conseil d'Etat du 20 juillet 1917 et du 3 août 1917.	159
APPENDICE	
A) <i>Les Chemins de fer.</i>	165
B) <i>Les Transports en commun.</i>	174
CONCLUSION.	187
BIBLIOGRAPHIE.	193

